

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę: **Millennium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o, Toniszewo 31, 62-104 Pawłowo Żońskie**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o., ul. Łucka 9, 00-842 Warszawa**,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 126 i art. 128 Pzp;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Millennium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa**, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Millennium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Millennium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o, Toniszewo 31, 62-104 Pawłowo Żońskie** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 890/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Toniszewie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w przedmiocie „dostawa w formie leasingu operacyjnego fabrycznie nowych samochodów do zbiórki i transportu odpadów komunalnych dla MSOK Sp. z o.o. w Toniszewie.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 stycznia 2024 r. UE Nr 2024/ S 007-014762.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia: Dostawa w formie leasingu operacyjnego dwóch pojazdów do zbierania i transportu odpadów w dniu 6 marca 2024 r. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Millennium Leasing Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Wykonawca, Millennium Leasing Sp. z o.o., wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący spełnił wszystkie wymagania, tj. w ustawowym terminie złożył odpowiedź na wezwanie do złożenia oświadczenia w formularzu JEDZ dotyczącego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, co stanowiło podmiotowy środek dowodowy, a także wobec nieprawidłowej oceny wezwania Zamawiającego i uznania, iż dotyczy tylko i wyłącznie uzupełnienia oświadczenia w JEDZ-u, a które to dotyczyło warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, gdy stanowiło ono podmiotowy środek dowodowy, a termin wyznaczony Odwołującemu powinien wynosić nie mniej niż 10 dni, podczas gdy Zamawiający wyznaczył wykonawcy termin zaledwie 5 dni oraz wobec braku publikacji tekstu jednolitego po zmianie SWZ w sprawie wymogu doświadczenia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, iż składając wypełniony JEDZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, w terminie 10 dni od dnia wezwania przez Zamawiającego, uchybił

terminowi, bowiem Zamawiający w wezwaniu wskazał inny termin, tj. 5 dni – w sytuacji, gdy oświadczenie jakie zostało złożone stanowiło podmiotowy środek dowodowy, bowiem dotyczyło warunków udziału w postępowaniu i informacji, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy Odwołujący złożył oświadczenie w JEDZ w terminie 10 dni, co potwierdza sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty;

2. art. 128 Pzp, poprzez uznanie, iż Zamawiający ma możliwość wyznaczenia dowolnego terminu na uzupełnienie oświadczenia w formularzu JEDZ w zakresie złożonego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania w sytuacji, gdy oświadczenie jakiego wymagał Zamawiający stanowi podmiotowy środek dowodowy i zastosowanie względem niego powinien mieć termin wynikający z art. 126 Pzp i wynosić nie mniej niż 10 dni;

3. art. 126 Pzp, poprzez uznanie, że złożone w formularzu JEDZ oświadczenie dotyczące potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu nie stanowi podmiotowego środka dowodowego i Zamawiający może dowolnie wyznaczyć termin na jego złożenie, w sytuacji gdy oświadczenie jakiego wymagał Zamawiający stanowi podmiotowy środek dowodowy i zastosowanie względem niego powinien mieć termin 10 dni.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (*lucrum cessans*).

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem postępowania jest dostawa w formie leasingu operacyjnego (z opcją wykupu) fabrycznie nowych samochodów do zbiórki i transportu odpadów komunalnych dla Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Toniszewie.

W dniu 14 lutego 2024 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia oświadczenia wymaganego w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z postanowieniami rozdziału VI pkt. 1 Warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, wymagano, że: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostarczyli w ramach leasingu min. trzy fabrycznie nowe samochody ciężarowe lub samochody specjalne porównywalne parametrami do samochodów opisanych w załącznikach Nr 2,3,4 co potwierdzą poprzez złożenie oświadczenia w JEDZ odpowiednio dla każdej wybranej części zamówienia”*.

Oświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu należało złożyć w Części IV sekcja C JEDZ. Złożony wraz z ofertą Odwołującego JEDZ, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu w wezwaniu termin 5 dni, który upływał w dniu 19 lutego 2024 roku.

Odwołujący złożył wymagane oświadczenie po upływie terminu 5 dni, ale z zachowaniem terminu 10 dniowego, który wypadał 24 lutego (sobota) – odpowiedź została złożona w następnym dniu roboczym, tj. w dniu 26 lutego 2024 roku, czyli w poniedziałek. Odwołujący wskazał, iż oświadczenie, o którym mowa stanowi podmiotowy środek dowodowy i termin, jaki powinien zostać względem niego zastosowany, to minimalny termin 10 dni, jaki wynika z art. 126 Pzp.

Następnie w dniu 6 marca 2024 roku Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty z przyczyn złożenia oświadczenia po terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. po upływie terminu 5 dni, lecz z zachowaniem terminu ustawowego 10 dni przeznaczonego dla podmiotowych środków dowodowych.

1) W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp:

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnie odrzucenia oferty Odwołującego i uznał, iż składając wypełniony JEDZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, w terminie 10 dni od dnia wezwania przez Zamawiającego, uchybił terminowi, bowiem Zamawiający w wezwaniu wskazał inny termin, tj. 5 dni. Zdaniem Odwołującego, oświadczenie jakie zostało złożone stanowiło podmiotowy środek dowodowy, bowiem dotyczyło warunków udziału w postępowaniu i informacji, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący złożył oświadczenie w JEDZ w terminie 10 dni, co potwierdza Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy w przypadku, kiedy wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp). Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca, bowiem oświadczenie zostało złożone w terminie, który jest wyznaczany przez art. 126 Pzp i stanowi, że nie może to być mniej niż 10 dni. Zamawiający błędnie interpretuje standardowe wezwanie wystosowane na mocy art. 128 Pzp, co do którego ustawa nie definiuje konkretnego terminu, wskazując, iż powinien on być realny, możliwy do spełnienia. Oświadczenie w JEDZ, do którego złożenia wezwał Odwołującego Zamawiający stanowiło *de facto* podmiotowy środek dowodowy, bowiem odnosiło się do jego zdolności technicznych. Tak więc błędne jest rozumowanie Zamawiającego i wskazywanie, iż mógł zastosować w tym przypadku termin 5 dni. Ze względu na fakt, iż oświadczenie to stanowiło podmiotowy środek dowodowy, Zamawiający powinien wyznaczyć termin na uzupełnienie oświadczenia, nie krótszy niż 10 dni – z zastosowaniem art. 126 Pzp.

2) W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 Pzp:

Zamawiający błędnie uznał, iż ma możliwość wyznaczenia Odwołującemu dowolnego terminu na uzupełnienie oświadczenia w formularzu JEDZ w zakresie złożonego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania. W sytuacji, gdy oświadczenie jakiego wymagał stanowi podmiotowy środek dowodowy zastosowanie względem niego powinien mieć termin wynikający z art. 126 Pzp i wynosić nie mniej niż 10 dni. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że zarówno oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, jak i podmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu nie tylko braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również kryteriów selekcji. Dlatego też w ust. 3 komentowanego artykułu znalazło się doprecyzowanie, że złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

Art. 127 ust. 1 pkt. 2 Pzp wskazuje, iż podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. – tak więc nawet sam ustawodawca potwierdza, że oświadczenie, którego żądał Zamawiający stanowi podmiotowy środek dowodowy – a co za tym idzie - powinien być tu zastosowany termin wynikający z art. 126 Pzp, tj. nie mniej niż 10 dni. Odwołujący nie uchybił terminowi i uzupełnił JEDZ w terminie 10 dni, minimalnym ustawowym – co nawet potwierdził Zamawiający, wskazując, że odpowiedź wpłynęła w dniu 26 lutego 2024 roku. Zamawiający błędnie interpretuje wystosowane przez siebie wezwanie i zastosowany termin, bowiem ogromne znaczenie ma charakter wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Nie jest ważny tytuł wezwania i to, że Zamawiający wskazuje, iż wzywa w trybie art. 128 Pzp do uzupełnienia dokumentu JEDZ. Kluczowe jest także to, do czego Zamawiający wzywa Wykonawcę. Powyższe nie może być traktowane jednolicie bez rozważenia dokładnie charakteru i przedmiotu wezwania. W tym przypadku należało ocenić wezwanie Zamawiającego jako wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie podmiotowych środków dowodowych i zastosować termin 10 dni.

3) W zakresie zarzutu art. 126 Pzp:

Zamawiający błędnie uznał, że złożone w formularzu JEDZ oświadczenie dotyczące potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie stanowi podmiotowego środka dowodowego i może dowolnie wyznaczyć termin na jego złożenie w sytuacji, gdy oświadczenie, jakiego wymagał Zamawiający, stanowi podmiotowy środek dowodowy i zastosowanie względem niego powinien mieć termin 10 dni.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wzywa do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, z wyłączeniem określonych w art. 127 ust. 1 Pzp. W wezwaniu zamawiający określa odpowiednio termin na ich złożenie, z uwzględnieniem niezbędnego czasu na wywiązanie się z zobowiązania przez wykonawcę, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia wezwania. Powyższe potwierdza konieczność zastosowania terminu wynikającego z art. 126 Pzp, tj. minimalnie 10 dni.

Jednolity Europejski Dokument Zamówienia umożliwia szczegółowe wskazanie wykazywanych na potwierdzenie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług. Podobnie możliwe jest wskazanie wykazu urządzeń i środków technicznych czy narzędzi, a także informacji dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych samego wykonawcy, jak i jego pracowników. Zgodnie z art. 127 Pzp, zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Sam formularz JEDZ umożliwia zamawiającemu wybór pomiędzy wymaganiem złożenia szczegółowych oświadczeń o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału a poleganiem jedynie na ogólnym oświadczeniu. Ta nowa dyspozycja wyrażona w art. 127 Pzp ma zapobiec dublowaniu informacji składanych w oświadczeniu oraz innych dokumentach podmiotowych (np. wykazach wykonanych zamówień). Zamawiający, formułując SWZ, nie przewidział żadnych dodatkowych (poza tymi, których wymagał w Części IV sekcja C JEDZ) podmiotowych środków dowodowych, których po złożeniu JEDZ mógłby żądać od wykonawcy na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej wykonanych dostaw. Zdaniem Odwołującego, stanowi to dodatkowe potwierdzenie, że JEDZ w powyższym zakresie traci tymczasowy charakter i staje się podmiotowym środkiem dowodowym z wszelkimi tego faktu konsekwencjami, również w odniesieniu do terminu, który powinien zostać wyznaczony w przedmiotowym

wezwanu.

Wykonawca SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 25 marca 2024 r.) wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) Pzp, tj. jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie,
- 2) oddalenie odwołania w całości z uwagi na fakt, iż zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne.

I. Wniesienie odwołania po terminie

Zamawiający podniósł, że odwołanie zostało wniesione z naruszeniem terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący upatruje dochowania terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej w tym, że informację o odrzuceniu jego oferty powziął dnia 6 marca 2024 r., kiedy Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i podjęciu wskazanej czynności. Zdaniem Zamawiającego, odwołanie zostało wniesione nie wobec odrzucenia oferty Odwołującego, co stanowi jedynie konsekwencję czynności, którą Odwołujący kwestionuje, a którą jest wezwanie Odwołującego do złożenia poprawionego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp w wyznaczonym przez Zamawiającego 5 dniowym terminie. Całość argumentacji Odwołującego skupia się na wspomnianej okoliczności, a zatem należy uznać, że zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1) Pzp, winno być ono wniesione w terminie 10 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj. w terminie do 26 lutego 2024 r., wobec faktu zapoznania się z wezwaniem skierowanym przez Zamawiającego dnia 14 lutego 2024 r. (Odwołujący wskazuje, że „w dniu 14 lutego 2024 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia oświadczenia wymaganego w specyfikacji warunków zamówienia” – s. 4).

Również zarzut fasadowo postawiony o „braku publikacji tekstu jednolitego po zmianie SWZ w sprawie wymogu doświadczenia”, w sytuacji w której ostatnia zmiana dokumentów zamówienia została wprowadzona 26 stycznia 2024 r., a termin otwarcia ofert upłynął dnia 14 lutego 2024 r. jest spóźniony, wobec bezwzględnego brzmienia art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp.

Zważając na powyższe odwołanie powinno zostać odrzucone, jako wniesione z uchybieniem przepisom art. 515 ust. 2 pkt 1) oraz 3 pkt 1) Pzp.

II. Termin na poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp

Odwołujący opiera odwołanie na sprzecznym z przepisami założeniu wyjściowym zgodnie z którym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp miałoby stanowić podmiotowy środek dowodowy.

Wbrew stanowisku Odwołującego, takiemu założeniu interpretacyjnemu przeczą w sposób wyraźny przepisy Pzp. Już z samej definicji podmiotowych środków dowodowych, zakodowanej w art. 7 pkt 17 Pzp, wynika, że podmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Definicja legalna wyraźnie wyłącza oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp z zakresu „podmiotowych środków dowodowych”. Regulacje Pzp nie znają wyjątku od wspomnianego założenia definicyjnego, również w przypadku gdy zamawiający nie kreuje obowiązku złożenia podmiotowych środków dowodowych, a opiera weryfikację podmiotową wyłącznie o oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (możliwość taka niewątpliwie wynika z treści art. 124 pkt 2) w zw. z art. 125 ust. 1 Pzp). Jeżeli Odwołujący chciał kwestionować sposób ukształtowania dokumentów zamówienia, w tym poprzestanie na weryfikacji podmiotowej w zakresie ustanowionego w postępowaniu kryterium kwalifikacji, na analizie oświadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, to winien zaskarżyć treść dokumentów zamówienia, czego nie uczynił w ustawowym terminie.

Przywołana powyżej definicja, co oczywiste, znajduje zastosowanie na potrzeby interpretacji wszystkich regulacji Pzp. Wyraźnie określonego ww. przepisami charakteru, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. nie modyfikuje regulacja art. 127 ust. 1 pkt 1) Pzp, na którą powołuje się Odwołujący. Zgodnie ze wspomnianym przepisem „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”. Przytoczony przepis stanowi regulację proceduralną, która uchyla wzywanie o złożenie podmiotowych środków dowodowych, których treść miałaby powielać treść oświadczenia wstępnego. Nie modyfikuje on jednak charakteru oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a jedynie uchyla podstawę wezwania o podmiotowy środek dowodowy, który również stanowiłby oświadczenie, o treści tożsamej z treścią oświadczenia wstępnego. Wbrew stanowisku Odwołującego, nie sposób z wspomnianej regulacji prawnej wywodzić, w drodze interpretacji *contra legem*, że dozwolone jest zakwalifikowanie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp do kategorii podmiotowych środków dowodowych. Klasyfikacja taka jest sprzeczna z regulacjami Pzp, i jako taka nie może się ostać.

W ocenie Zamawiającego, nie sposób uznać, że Odwołujący złożył poprawione oświadczenie, o którym mowa w

art. 125 ust. 1 Pzp z dochowaniem terminu ustawowego, albowiem takiego brak.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 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”. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że termin na złożenie, poprawienie lub uzupełnienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. (ale również i podmiotowego środka dowodowego) wyznacza Zamawiający i to w ramach przysługującej mu swobody decyzyjnej co do długości tego terminu. Ustawodawca nie ustanawia w tym zakresie żadnych szczególnych regulacji, w tym terminu minimalnego, jaki winien zostać wyznaczony wykonawcy. Jednocześnie jeżeli Odwołujący stał na stanowisku, iż Zamawiający wyznaczył termin z naruszeniem przepisów Pzp, to winien zakwestionować tę czynność Zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej lub co najmniej poprzez skierowania do Zamawiającego pisma z wyrażeniem stosownego stanowiska przed upływem wyznaczonego mu terminu na dokonanie określonej czynności (na poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie podjął takich czynności w odpowiednim terminie. Nieskorzystanie przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej wobec wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, lub niepodjęcie innych czynności, które dawałyby możliwość jego zmodyfikowania przez Zamawiającego, aż do jego upływu, skutkującego definitywnym i ostatecznym upłynięciem z dniem 19 lutego 2024 r. i termin ten nie może zostać ani przywrócony, ani wydłużony na aktualnym etapie postępowania. W szczególności nie może zostać wydłużony samodzielnie przez wykonawcę, mocą złożenia oświadczenia w terminie późniejszym.

Zamawiający wskazał, że art. 126 ust. 1 Pzp (na który powołuje się Odwołujący, a który nie ma zastosowania w zaistniałym stanie faktycznym) wyraźnie stanowi, że to Zamawiający wyznacza termin, w którym wykonawca ma złożyć podmiotowe środki dowodowe, jednocześnie precyzując, że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni. Niemniej jednak, nawet naruszenie przez Zamawiającego wspomnianego przepisu, nie daje podstaw do przyjęcia, że wykonawca ma 10 dni na złożenie podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca każdorazowo jest związany terminem wyznaczonym przez Zamawiającego, o czym wprost stanowi wspomniany przepis. Jeżeli wykonawca, w tym Odwołujący, neguje termin wyznaczony przez Zamawiającego, to obowiązany jest podjąć stosowne działania w celu obrony swojego interesu i uchylenia naruszenia przepisu przez Zamawiającego. Dodatkowo, przyjęcie interpretacji ferowanej przez Odwołującego stoi w jaskrawej kolizji z zasadą równego traktowania wykonawców.

W zaistniałym stanie faktycznym, nie ma żadnych podstaw do uznania, że Odwołujący nie uchybił wyznaczonego mu terminu na poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, który został wyznaczony na dzień 19 lutego 2024 r. W tym stanie rzeczy odrzucenie oferty Odwołującego jest nieodzowne w świetle bezwzględnego i kategorycznego brzmienia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) i b), gdyż Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c), a tym samym nie wykazał, że spełnia warunku udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 128 Pzp, poprzez uznanie, iż Zamawiający ma możliwość wyznaczenia dowolnego terminu na uzupełnienie oświadczenia w formularzu JEDZ w zakresie złożonego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w sytuacji, gdy oświadczenie jakiego wymagał Zamawiający stanowi podmiotowy środek dowodowy i zastosowanie względem niego powinien mieć termin wynikający z art. 126 Pzp i wynosić nie mniej niż 10 dni oraz zarzut naruszenia art. 126 Pzp, poprzez uznanie, że złożone w formularzu JEDZ oświadczenie dotyczące potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu nie stanowi podmiotowego środka dowodowego i Zamawiający może dowolnie wyznaczyć termin na jego złożenie w sytuacji, gdy oświadczenie jakiego wymagał Zamawiający stanowi podmiotowy środek dowodowy i zastosowanie względem niego powinien mieć termin 10 dni, są spóźnione. Odwołanie w powyższym zakresie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, tj. jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba zważyła, że powyższe zarzuty zostały podniesione wobec czynności Zamawiającego z dnia 14 lutego 2024 r., polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z postępowania, w tym w szczególności - w zakresie długości terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na złożenie ww. dokumentu, tj. terminu 5 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę nn. wezwania. Termin na wniesienie odwołania wobec powyższej czynności, zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, upłynął w dniu 24 lutego 2024 r., tj. 10 dnia od dnia 14 lutego 2024 r., w którym Odwołujący otrzymał przedmiotowe wezwanie. Odwołujący nie wniósł stosownego odwołania w ustawowym terminie, a tym samym utracił możliwość kwestionowania treści wezwania, w tym wyznaczonego terminu na uzupełnienie JEDZ, na dalszym etapie postępowania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie, w jakim zostało rozpoznane na rozprawie, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę okoliczności powołane przez Odwołującego w kontekście przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 Pzp, Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wypełnił wszystkie przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania. Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 14 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, które należało złożyć w Części IV sekcja C JEDZ. Zamawiający wskazał, że złożony wraz z ofertą dokument JEDZ nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI SWZ pkt. 1 Warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia nowego dokumentu JEDZ w terminie do 19 lutego 2024 r.

Odwołujący złożył wymagany w powyższym wezwaniu dokument JEDZ w dniu 26 lutego 2024 r., tj. w terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwania (z uwzględnieniem dni wolnych od pracy).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w dniu 6 marca 2023 r. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący *„błędnie odczytał wezwanie Zamawiającego, które nie dotyczyło złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, a dotyczyło uzupełnienia oświadczenia JEDZ, o czym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy. Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 samodzielnie określa termin uzupełnienia dokumentów. Oznaczony termin na uzupełnienie oświadczenia JEDZ był w zupełności wystarczający na poprawne sporządzenie JEDZ i przesłanie go do Zamawiającego. Brak złożenia oświadczenia JEDZ, w którym wykonawca miał obowiązek potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, uznaje się, że wykonawca nie potwierdził spełnianie warunku.”*

W danym stanie faktycznym, Izba zważyła, co następuje:

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.226 ust. 1 pkt. 2 lit. b Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uznając, że wykonawca uzupełnił JEDZ na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 lutego 2024 r. z uchybieniem terminu wskazanego w wezwaniu, a tym samym nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Należy podkreślić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma obowiązek wezwać wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Zgodnie z tym przepisem, *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.* Zamawiający samodzielnie określa w wezwaniu termin na uzupełnienie wymaganych oświadczeń lub dokumentów. Zauważyć należy, że powyższy przepis nie reguluje w żaden sposób terminu, w jakim zamawiający może wymagać uzupełnienia ww. dokumentów. Uzupełnienie dokonane przez wykonawcę po upływie wyznaczonego w wezwaniu terminu, jest nieskuteczne, równoznaczne z brakiem uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o które był wezwany. W konsekwencji, brak uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub podstaw wykluczenia z postępowania, skutkuje odpowiednio stwierdzeniem, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczenie wymagane w dokumencie JEDZ, do uzupełnienia którego wezwał Odwołującego Zamawiający, stanowi oświadczenie wykonawcy w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. JEDZ jest dokumentem, który jest uregulowany w ustawie Pzp odrębnie od podmiotowych środków dowodowych. Dokumentu JEDZ nie można utożsamiać z podmiotowymi środkami dowodowymi, pomimo że w sytuacji, gdy Zamawiający nie żąda w postępowaniu złożenia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych, jest dokumentem, który zastępuje podmiotowe środki dowodowe.

Definicja legalna podmiotowych środków dowodowych jest zawarta w art. 7 pkt 17 Pzp i stanowi, że podmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Definicja

legalna wyłącza zatem wprost z zakresu „podmiotowych środków dowodowych” oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Rozpoznawany zarzut został oparty przez Odwołującego na błędnej i sprzecznej z przepisami ustawy Pzp tezie, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp stanowi podmiotowy środek dowodowy.

Przepis art. 128 ust. 1 Pzp, na podstawie którego Odwołujący został prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentu JEDZ, wyraźnie wskazuje, że termin na złożenie, poprawienie lub uzupełnienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podobnie jak i podmiotowych środków dowodowych, wyznacza zamawiający. Ustawodawca nie ustanowił w tym zakresie żadnych szczególnych regulacji, w tym również terminu minimalnego, który wiązałby zamawiającego.

Izba wskazuje jednocześnie, że jeżeli Odwołujący kwestionował wyznaczony mu przez Zamawiającego termin, to powinien zaskarżyć czynność wezwania w drodze środków ochrony prawnej. Co należy podkreślić, Odwołujący mógł także zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie wyznaczonego terminu. Wykonawca zawsze może zwrócić się do zamawiającego o wydłużenie terminu, określonego przez Zamawiającego w wezwaniu. Jak wynika natomiast z dokumentacji postępowania, Odwołujący nie podjął takich czynności, co skutkowało ostatecznym upływem z dniem 19 lutego 2024 r. terminu na uzupełnienie JEDZ. Termin ten nie podlega przywróceniu na obecnym etapie postępowania.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp, na który powołuje się Odwołujący, zamawiający w wezwaniu wyznacza termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych, przy czym przepis ten wskazuje, że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni. Przepis powyższy dotyczy złożenia podmiotowych środków dowodowych, które są składane na etapie badania i oceny ofert i dotyczy wykonawcy najwyżej ocenionego w rankingu ofert. Zauważyć należy, że dokument JEDZ jest składany wraz z ofertą, zatem, na etapie badania i oceny ofert może jedynie wystąpić konieczność uzupełnienia tego dokumentu. Zamawiający nie wzywa natomiast do jego złożenia.

W zaistniałym w niniejszej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do uznania, że Odwołujący prawidłowo uzupełnił dokument JEDZ na wezwanie Zamawiającego, zatem oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w świetle dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 2) lit i b) Pzp, gdyż Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a tym samym nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: