
KWALIFIKACJA PODMIOTOWA
WYKONAWCÓW W
ORZECZNICTWIE KRAJOWEJ
IZBY ODWOŁAWCZEJ

URZĄD ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH
STYCZEŃ 2022 r.

Spis treści

PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA.....	5
1. OBLIGATORYJNE PRZESŁANKI WYKLUCZENIA – art. 108 Pzp	5
1.1 ZMOWA PRZETARGOWA – art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp	5
Wyrok KIO z dnia 6 września 2021 r. KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21	5
Wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2883/21	5
1.2 WCZEŚNIEJSZE ZAANGAŻOWANIE WYKONAWCÓW - art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp	6
Wyrok KIO z dnia 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO 597/21	6
Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1656/21	7
Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2640/21	8
1.3 OBLIGATORYJNA PRZESŁANKA WYKLUCZENIA z art. 108 ust. 2 Pzp.....	9
Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2299/21	9
Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3049/21	9
2. FAKULTATYWNE PRZESŁANKI WYKLUCZENIA – art. 109 Pzp.....	10
Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2158/21	10
Wyrok KIO z dnia 6 października 2021 r. sygn. akt KIO 2472/21	11
2.2 NIEWYKONANIE WCZEŚNIEJSZYCH ZOBOWIĄZAŃ – 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.....	12
Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1988/21	12
Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3298/21, KIO 3307/21	13
2.3 WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD – art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp.....	14
Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r. sygn. akt 1804/21	14
Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21	15
Wyrok KIO z dnia 15 września 2021 r. sygn. akt KIO 2557/21	16
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2220/21	16
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2474/21	17
Wyrok KIO z dnia 29 września 2021 r. sygn. akt KIO 2720/21	18
3. SAMOCZYSZCZENIE – art. 110 ust. 2 Pzp.....	18
Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21	18
Wyrok KIO z dnia 6 września 2021 r. sygn. akt KIO 2387/21	19
Wyrok KIO z dnia 22 października 2021 r. sygn. akt KIO 2916/21	20
4. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – art. 112 -117 Pzp.....	20
4.1 UPRAWNIENIA DO PROWADZENIA OKREŚLONEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ LUB ZAWODOWEJ – art. 114 Pzp	20
Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21	20
Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1909/21, KIO 2071/21	21
Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1916/21	22

Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2292/21, KIO 2294/21	22
Wyrok KIO z dnia 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 2602/21	23
Wyrok KIO z dnia 20 października 2021 r. sygn. akt KIO 2716/21	23
4.2 SYTUACJA EKONOMICZNA LUB FINANSOWA – art. 115 Pzp.....	24
Wyrok KIO z dnia 3 września 2021 r. sygn. akt KIO 2333/21	24
Wyrok KIO z dnia 20 września 2021 r. sygn. akt KIO 2450/21	25
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2474/21, KIO 2501/21	26
4.3 DOŚWIADCZENIE - art. 116 Pzp.....	27
Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2105/21	27
Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21	27
Wyrok KIO z dnia 14 września 2021 r. sygn. akt KIO 2401/21	27
Wyrok KIO z dnia 5 października 2021 r. sygn. akt KIO 2427/21	28
Wyrok KIO z dnia 11 października 2021 r. sygn. akt KIO 2588/21	28
Wyrok KIO z dnia 11 października 2021 r. sygn. akt KIO 2597/21	29
4.4 POTENCJAŁ KADROWY – art. 116 Pzp.....	29
Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2444/21	29
Wyrok KIO z dnia 29 październik 2021 r. sygn. akr KIO 2936/21	29
4.5 ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA – art. 116 Pzp.....	30
Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1669/21	30
Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2068/21	31
5. UDOSTĘPNIANIE ZASOBÓW – art. 118 – 123 Pzp.....	32
Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1916/21	32
Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1949/21	32
Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 2022/21	33
Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2067/21	33
Wyrok KIO z dnia 24 września sygn. akt KIO 2353/21	34
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2474/21, KIO 2501/21	35
6. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE ORAZ INNE DOKUMENTY LUB OŚWIADCZENIA, JAKICH MOŻE ŻĄDAĆ ZAMAWIAJĄCY OD WYKONAWCY – art. 124 – 128 Pzp.....	35
Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2301/21	36
Wyrok KIO z dnia 3 września 2021 r. sygn. akt KIO 2333/21	36
Wyrok KIO z dnia 28 października 2021 r. sygn. akt KIO 2937/21	36
7. UZUPEŁNIANIE DOKUMENTÓW – art. 128 ust. 1 Pzp.....	37
Wyrok KIO z dnia 18 maja 2021 r. sygn. akt KIO 939/21	37
Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1879/21	38
Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2039/21	38

Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21	38
Wyrok KIO z dnia 8 września 2021 r. sygn. akt KIO 2106/21	39
Wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2230/21	39
Wyrok KIO z dnia 20 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21	39
Wyrok KIO z dnia 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 2521/21	40
Wyrok KIO z dnia 24 września 2021 r. sygn. akt KIO 2353/21	40
Wyrok KIO z dnia 24 września 2021 r. sygn. akt KIO 2628/21	40
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2660/21	41
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2720/21	41
Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2444/21	42
Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2640/21	42
8. WYJAŚNIENIA DOKUMENTÓW - art. 128 ust. 4 i 5 Pzp	42
Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21	42
Wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2883/21	43
Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2088/21	44

WPROWADZENIE

W opracowaniu przedstawione zostały tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące problematyki kwalifikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wybrane orzeczenia dotyczą kwestii najczęściej pojawiających się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W celu ułatwienia korzystania z opracowania tezy z wyroków zostały pogrupowane tematycznie i przypisane do poszczególnych przepisów ustawy.

Wybrane tezy mają jedynie podkreślić problematykę kwalifikacji podmiotowej i związane z nią różne aspekty i punkty widzenia oraz umożliwić odbiorcy zdobycie lub ugruntowanie wiedzy w tym obszarze. Natomiast ani same tezy, ani ich dobór nie prezentują stanowiska Prezesa Urzędu odnośnie do zagadnień, będących przedmiotem wyroków.

Tezowane wyroki zostały wydane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.

PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA

1. OBLIGATORYJNE PRZESŁANKI WYKLUCZENIA – art. 108 Pzp

1.1 ZMOWA PRZETARGOWA – art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp

Wyrok KIO z dnia 6 września 2021 r. KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21

„Odwołujący (...) w argumentacji podniósł, że sankcyjne wykluczenie Odwołującego z postępowania w trybie art. 111 pkt 4) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku) powinno zostać poprzedzone wydaniem decyzji uprawnionego organu (UOKiK), a już w szczególności wykluczenie nie powinno mieć miejsca przed uprawomocnieniem się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1010/21. Jednakże ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku, jak i przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmowy przetargowej”. Gdyby tak było, ustawodawca wyraźnie wskazałby to w treści przepisu.

Przeciwnie - ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy to właśnie Zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia.

Ustawodawca nie wskazał także, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest nieprawomocny. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest wykonalny i żaden przepis prawa nie zabrania Zamawiającemu wykonania wyroku Izby oraz uwzględnienia konsekwencji wydanego przez Krajowa Izbę Odwoławczą wyroku, nawet pomimo jego zaskarżenia przez wykonawcę czy inny podmiot.”

Wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2883/21

„Przechodząc do oceny zarzutów odwołania należało zaprezentować pogląd, że same w sobie okoliczności istnienia powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami, posiadanie przez tych wykonawców miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w tej samej miejscowości i na tej samej ulicy, a także zatrudnienie jednego z tych wykonawców jako osoby zarządzającej transportem u tego drugiego nie stanowi wiarygodnych i pewnych przesłanek przesądzających o tym, że pomiędzy tymi wykonawcami doszło do zawarcia zmowy przetargowej, o której mowa w art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na tle powyższych okoliczności faktycznych, Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia (...), który w piśmie z dnia 27 sierpnia 2021 r. poinformował Zamawiającego o wadliwej kalkulacji oferty poprzez zawyżenie tonażu ładunku odpadów każdorazowo 24 Mg, które to założenie doprowadziłoby tego wykonawcę do straty finansowej.

Według zapatrywania Izby – sytuacje te nie są ze sobą powiązane, a to uniemożliwia stwierdzenie, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej.

Zgodnie z brzmieniem powołanego wyżej przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu

zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W ocenie Izby – uznanie na podstawie cyt. wyżej okoliczności, że została zawarta zмова przetargowa byłoby oceną dyskryminującą tych przedsiębiorców, którzy prowadzą interesy również z podmiotami, z którymi łączą ich określone stosunki osobiste i organizacyjne.

W związku z tym – Izba reprezentuje pogląd, że gdyby wolą ustawodawcy była eliminacja z rynku zamówień publicznych takich wykonawców, znajdujących się w podobnej jak wyżej sytuacji faktycznej, powinno to znaleźć wyraźne uregulowanie na gruncie prawa zamówień publicznych.

W takim przypadku ustawa powinna przewidywać ścisły katalog przypadków, w których więzy osobiste pomiędzy wykonawcami będą skutkować wykluczeniem wykonawcy z przetargu, a także, że określone funkcje wykonywane przez jednego wykonawcę u tego drugiego są niedopuszczalne w aspekcie udziału tych podmiotów w przetargu.

Takie skatalogowane przypadki ograniczeń podmiotowych można znaleźć na gruncie wielu krajowych regulacji prawnych wyłączających dany podmiot od możliwości wykonywania określonych czynności, w warunkach wystąpienia określonych przesłanek faktycznych.

W związku z tym – w przekonaniu Izby - Zamawiający nie miał podstawy prawnej do działania w granicach cyt. wyżej przepisu art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.”

1.2 WCZEŚNIEJSZE ZAANGAŻOWANIE WYKONAWCÓW - art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp

Wyrok KIO z dnia 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO 597/21

„Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 oraz art. 85 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak informacji i podjęcia odpowiednich środków w celu zachowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i zagwarantowania, że udział w postępowaniu wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej co podmiot doradzający Zamawiającemu nie zakłóci konkurencji. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Izba ustaliła, że Zamawiający w wyjaśnieniach do SWZ z 16 lutego 2021 r. poinformował wykonawców, że na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. informuje że wykonawca (...) doradzał zamawiającemu w zakresie opisu sposobu wykonywania usługi dostarczania posiłków. Sugestie te zostały uwzględnione przez zamawiającego w zakresie

logistyki transportu posiłków w budynku Szpitala. Zamawiający podjął środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji poprzez uwzględnienie w. wym. sugestii w opisie przedmiotu zamówienia. Zapisy te w żadnym razie nie zakłócają konkurencji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Równocześnie w protokole postępowania wskazano w sposób tożsamy, że wykonawca (...) doradzał zamawiającemu w zakresie opisu sposobu wykonywania usługi dostarczania posiłków. Sugestie te zostały uwzględnione przez zamawiającego w zakresie logistyki transportu posiłków w budynku Szpitala. Zamawiający podjął środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji poprzez uwzględnienie w. wym. sugestii w opisie przedmiotu zamówienia. Zapisy te w żadnym razie nie zakłócają konkurencji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

Z dokumentacji postępowania wynika zatem, że doradztwo nie dotyczyło, jak twierdzi Odwołujący, kryteriów oceny ofert, lecz opisu przedmiotu zamówienia, co ujawnił Zamawiający w informacji z 16 lutego 2021 r. Informacja ta znalazła się również w protokole postępowania. Fakt uprzedniego doradztwa przez (...) nie miał zatem takiego przełożenia na wynik postępowania, jaki sugeruje Odwołujący, gdyż nie był związany z kryteriami oceny ofert, a jedynie w tymże zakresie był podnoszony przez Odwołującego.”

Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1656/21

„Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. **Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu.**

W pierwszej kolejności wskazać należy, że bezspornym było, iż autorem dokumentacji projektowej dla etapu II był kierownik budowy wskazany przez Przystępującego w wykazie osób. Jak jednak sam Odwołujący stwierdził, fakt przygotowania dokumentacji nie powoduje automatycznie, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji. Odwołujący nie wskazał na okoliczności, które spowodowałyby że Przystępujący uzyskałby wiedzę, która pozwoliłaby mu na uzyskanie w postępowaniu przewagi konkurencyjnej czy złożenie korzystniejszej oferty. Zamawiający udostępnił potencjalnym uczestnikom postępowania całość dokumentacji projektowej, a więc Przystępujący nie był w posiadaniu jakichś dodatkowych informacji niedostępnych innym wykonawcom. Mając na względzie, że to Odwołujący złożył w postępowaniu najtańszą ofertę, nie można stwierdzić, aby zaistniały okoliczności prowadzące do zakłócenia czy ograniczenia konkurencji. Wszyscy wykonawcy mogli uczestniczyć w postępowaniu na równych zasadach i złożyć konkurencyjne oferty. (...) W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że dyspozycja art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie obejmuje okoliczności podnoszonej przez Odwołującego. Przepis ten odsyła do art. 85 ust. 1 ustawy pzp, który stanowi o zaangażowaniu w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, przez co należy rozumieć niniejsze postępowanie. Nie dotyczy on wykonawcy, który zrealizował inne zamówienie publiczne, a wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu konkretnego postępowania. Odwołujący podjął próbę powiązania okoliczności przygotowania dokumentacji etapu II przez Przystępującego z wykonaniem przez niego etapu I i koniecznością uzgodnień

*mających na celu utrzymanie gwarancji na roboty budowlane wykonane w ramach etapu I. Okoliczności te pozostają jednak względem siebie w oderwaniu. W postanowieniu umowy nie chodzi o to, że Przystępujący przygotował dokumentację projektową na etap II ale o to, że pomiędzy wykonawcą etapu I i etapu II mają zostać podjęte uzgodnienia aby Zamawiający nie utracił gwarancji na już ukończoną inwestycję. Nie mają być to zatem uzgodnienia dotyczące dokumentacji projektowej etapu II. Nie wykazano również aby Przystępujący miał jakikolwiek wpływ na kwestionowane postanowienie umowy. **Przepis art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp dotyczy sytuacji, kiedy wiedza uzyskana przez wykonawcę w związku z jego zaangażowaniem w trakcie przygotowywania dokumentacji postępowania, niedostępna innym wykonawcom daje mu przewagę prowadząc do złożenia oferty na korzystniejszych warunkach, tym samym zakłócając konkurencję w postępowaniu.** Podważany przez Odwołującego zapis w umowie dotyczy natomiast etapu realizacji zamówienia i w żaden sposób nie spowodował, że Odwołujący nie mógł złożyć korzystniejszej oferty w postępowaniu. Co więcej, postanowienie to nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane na etapie ogłoszonego postępowania. Izba nie ocenia zasadności wprowadzenia powyższego zapisu do umowy, a jedynie stwierdza, że postanowienie to, jako dotyczące wykonawcy innego etapu zamówienia nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp. Dlatego też Izba nie uwzględniła podniesionego zarzutu.”*

Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2640/21

*„Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że opracowana Koncepcja stanowi ogólny zarys przedmiotu zamówienia, na bazie którego ma powstać dopiero szczegółowa i kompleksowa dokumentacja projektowa. To wykonany przez wybranego wykonawcę projekt, w tym specyfikacja techniczna będzie precyzowała właściwości materiałów i technologii. Izba zauważa, że dokumentacja projektowa ma zostać opracowana na podstawie Koncepcji, niemniej jednak Zamawiający dopuścił możliwość zmiany technologii przyjętej w Koncepcji już na etapie wyjaśniania treści SWZ, gdzie wyraził zgodę na zastosowanie równoważnej technologii modułowej. Zamawiający w projekcie umowy zawarł także postanowienia, zgodnie z którymi wykonawca może dokonać zmian w stosunku do Koncepcji pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego. Nie jest zatem tak jak podnosił Odwołujący, że na etapie realizacji umowy wystąpi konflikt interesów w przypadku, gdy Pan (...) jako autor Koncepcji będzie sam wyrażał sobie zgody na ewentualne zmiany, w tym zmiany technologii. Chybiona również okazała się argumentacja Odwołującego zaprezentowana na rozprawie, że postanowienia umowne w tym zakresie są niezgodne z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1062 z późn. zm.). Odwołujący bowiem nie wykazał, że umową na wykonanie Koncepcji nie została udzielona przez autora Pana (...) zgoda na wykonywanie przez Zamawiającego zależnego prawa autorskiego. Skoro Zamawiający dopuścił zmianę technologii już na etapie wyjaśniania treści SWZ, jak i przewidział taką możliwość w projekcie umowy to domniemywać należy, że zgoda autora została udzielona, a przywołane w ustaleniach faktycznych postanowienia są wiążące. Dodatkowo zaznaczyć należy, że Odwołujący nie kwestionował skuteczności omawianych postanowień na etapie ogłoszonego postępowania. **Izba zwraca również uwagę, że przepis art. 85 ustawy pzp reguluje kwestię zakłócenia konkurencji na etapie uczestnictwa w postępowaniu. Postępowanie kończy się z momentem zawarcia umowy, a więc okoliczności odnoszące się do jej realizacji co do zasady nie mają związku z uzyskaniem przewagi w procesie ofertowania i uzyskaniem zamówienia.”***

1.3 OBLIGATORYJNA PRZESŁANKA WYKLUCZENIA z art. 108 ust. 2 Pzp

Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2299/21

„Tym samym, skoro spółka będąca jedynym akcjonariuszem Przystępującego, nie jest zobowiązana do zgłaszania beneficjentów rzeczywistych, a informacje o tej spółce są publicznie dostępne to informacja o tej spółce była wystarczająca dla wykazania braku podstaw wykluczenia. Ponadto, Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie dotyczących spółek zależnych Przystępującego, gdyż Beneficjent Rzeczywisty ma posiadać kontrolę nad klientem, nie obejmuje więc spółek zależnych.

Podkreślić należy, że konieczność podania informacji o Beneficjentach Rzeczywistych jest powiązana z przesłanką wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy pzp i uprawnia do wykluczenia jedynie wykonawcy, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający miał wiedzę o Beneficjentach Rzeczywistych Przystępującego, nie można zatem uznać, że Przystępujący w jakikolwiek sposób utrudnił stwierdzenie przestępnego pochodzenia poprzez uniemożliwienie ustalenia beneficjenta rzeczywistego.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu w odniesieniu do powyższego zarzutu.”

Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3049/21

„Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie dostarczył dostatecznych dowodów na okoliczność wykazania, że istniała podstawa do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.108 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych - 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2020 r. poz. 971, 875, 1086 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 187 i 815).

Zarówno z informacji o braku wpisów w CRBR z wyników wyszukiwania wpisów spółek z dnia 24 czerwca 2021 r. złożonej przy wniosku o dopuszczenie Przystępującego do udziału w przetargu, jak i treści z wpisów z CRBR sporządzonych w dniu 29 września 2021 r. nie wynika, że Przystępujący wchodzi w krąg podmiotów, które udaremniały lub utrudniały stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego.

Według zapatrywania Izby - dla zastosowania powyższego przepisu konieczne jest łączne spełnienie wszystkich przesłanek określonych w przepisie art.108 ust.2 ustawy Pzp, to jest wykazanie okoliczności udaremnienia lub utrudnienia stwierdzenia przestępnego pochodzenia

pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, a także związku w postaci braku możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego.

Zebrany wyżej materiał dokumentacyjny również nie potwierdził zarzutu naruszenia art. 146 ust.1 pkt 2 lit.c ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń.

Przystępujący złożył stosowne podmiotowe środki dowodowe stanowiące informacje CRBR na wezwanie Zamawiającego, które to były aktualne na dzień ich złożenia po wyczerpaniu procedury, o której mowa w art.128 ust.2 ustawy Pzp.

Bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność, że prawnie dopuszczalne w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest wezwanie wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w wyznaczonym terminie w warunkach, jeżeli nie złożył on 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 (art.128 ust.1 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że taka procedura sanacyjna została przez Zamawiającego zastosowana i zostały złożone przez Przystępującego nowe dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Przystępującego z udziału w przetargu.”

2. FAKULTATYWNE PRZESŁANKI WYKLUCZENIA – art. 109 Pzp

2.1 FAKULTATYWNOŚĆ PODSTAW WYKLUCZENIA

Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2158/21

„(...) podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter fakultatywny. Oznacza to, że ich zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest obowiązkowe - jest zależne wyłącznie od decyzji zamawiającego, która to decyzja musi w świetle art. 109 ust. 2 ustawy Pzp zostać wyrażona w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Co istotne, jest to warunek sine qua non – zamawiający może zbadać brak podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp jedynie wtedy, gdy wskaże konkretne podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jeżeli zamawiający zaniecha ich wskazania, to odrzucenie oferty wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek nieprzewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, nie będzie możliwe.

Wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, czy i które konkretnie z fakultatywnych podstaw wykluczenia znajdują zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowi jedną z gwarancji zachowania zasady przejrzystości postępowania oraz zasady równego traktowania

wykonawców. Wykonawcy decydując się na złożenie oferty w danym postępowaniu muszą mieć świadomość, jakie warunki muszą spełnić, aby wziąć udział w postępowaniu i w jakim przypadku mogą podlegać wykluczeniu z tego postępowania (w jakim przypadku ich oferta może zostać odrzucona). Co więcej, dokumenty zamówienia muszą być w tym zakresie jednoznaczne, a ich interpretacja winna być dokonywana w sposób ścisły, zgodny z literalnym brzmieniem (...).

W przedmiotowym przypadku treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie podstaw wykluczenia z art. 109 ustawy Pzp, które Zamawiający przewidział w postępowaniu nie budziła zdaniem składu orzekającego żadnych wątpliwości interpretacyjnych - Zamawiający wskazał wprost, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 9 SWZ. Zamawiający nie przewidział zatem wykluczenia wykonawców w oparciu o pozostałe fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym te wskazane w pkt 7, 8 i 10 omawianego przepisu (...).

Za chybione Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż o okoliczności przeciwnej miałyby świadczyć zawarte w pkt 15.2 SWZ in fine stwierdzenie, że „wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 ustawy Pzp”. Art. 111 ustawy Pzp reguluje wyłącznie okresy, na jakie następuje wykluczenie wykonawcy, nie zaś podstawy wykluczenia, które zawarte są w art. 108 i 109 ustawy Pzp. Nie budziło wątpliwości Izby, iż odesłanie w pkt 15.2 SWZ do art. 111 ustawy Pzp miało charakter informacyjny i następowało w zakresie odpowiednim do przewidzianych w SWZ podstaw wykluczenia, tj. w zakresie odnoszącym się do przesłanek wskazanych w art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1, 4 i 9 ustawy Pzp. O zasadności stanowiska Odwołującego nie świadczy także użycie przez Zamawiającego w zacytowanym powyżej zdaniu sformułowania „w przypadkach”, gdyż tożsamy zwrot został użyty przez ustawodawcę w art. 111 ustawy Pzp przy ustalaniu odpowiednich okresów wykluczenia dla poszczególnych podstaw wykluczenia. **W ocenie Izby Odwołujący interpretuje zakres podstaw wykluczenia przewidzianych w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego w sposób rozszerzający, wykraczający poza literalną treść dokumentów zamówienia, co uznać należy za niedopuszczalne co do zasady, a już zwłaszcza w przypadku postanowień o charakterze sankcyjnym, jak postanowienia dotyczące podstaw wykluczenia.”**

Wyrok KIO z dnia 6 października 2021 r. sygn. akt KIO 2472/21

„Skład orzekający wskazuje dalej, że w rozdziale XIX SWZ w pkt 2.2. zamawiający wskazał, iż nie przewiduje fakultatywnych podstaw wykluczenia zawartych w art. 109 ust. 1 p.z.p., zatem zarzut nr 2 z petitum odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. – a priori nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Przesłanki wykluczenia z postępowania o charakterze fakultatywnym, które zostały uregulowane w art. 109 ust. 1 p.z.p., znajdują zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy zamawiający przewidzi taką podstawę do eliminacji z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 p.z.p.). Jeżeli jednostka zamawiająca tego nie zrobi, fakultatywne podstawy wykluczenia nie będą w danym przetargu stosowane, a tym samym nie może dojść do naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 p.z.p. Innymi słowy, zamawiający ma możliwość zbadania braku podstaw wykluczenia wykonawcy w zakresie przesłanek fakultatywnych jedynie, kiedy przewidzi taką możliwość w dokumentacji postępowania i wtedy będzie miał obowiązek wykluczenia wykonawcy – jeżeli dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 p.z.p. Natomiast w przypadku braku uregulowania w

dokumentacji postępowania podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 p.z.p. norma ta nie znajdzie zastosowania w postępowaniu, więc nie może dojść do jej naruszenia przez zamawiającego.”

2.2 NIEWYKONANIE WCZEŚNIEJSZYCH ZOBOWIĄZAŃ – 109 ust. 1 pkt 7 Pzp

Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1988/21

„Izba uznała, że w okolicznościach opisywanych przez zamawiającego brak było skutku, który został wskazany w treści przesłanki opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W treści informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający wskazał przede wszystkim na fakt, że w 2016 r. odwołujący realizował dla zamawiającego umowę w sprawie zamówienia publicznego (...). Zgodnie z treścią tej umowy odwołujący udzielił 120 miesięcy gwarancji i rękojmi na roboty wykonane w 2016 r. W toku postępowania odwoławczego ustalono jednak, co przyznał sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i potwierdził na rozprawie, że na mocy postanowień zawartej z odwołującym umowy (§ 13 ust. 1) odwołujący udzielił 120 miesięcy gwarancji, natomiast rękojmi na okres 36 miesięcy. Tym samym okres rękojmi za wady, zgodnie z cytowanym zapisem umowy, upłynął w dniu 5 grudnia 2019 r.

Dalej należy zauważyć, że zamawiający przyznał w treści odpowiedzi na odwołanie, a także potwierdził powyższe na rozprawie, że wprawdzie wady i usterki zostały ujawnione w dniu 25 lutego 2019 r., jednakże zamawiający po raz pierwszy powiadomił odwołującego o tych okolicznościach pismem z 29 października 2020 r. nie precyzując przy tym, czy zgłasza roszczenia z rękojmi czy z gwarancji. Następnie w piśmie z 23 listopada 2020 r. zamawiający wystosował wezwanie do usunięcia wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi, ponownie nie precyzując, czy dochodzi roszczeń z gwarancji czy rękojmi. Z kolei na rozprawie sprecyzował, że jego zamiarem było skorzystanie z uprawnień z tytułu gwarancji, albowiem przyznał, że okres rękojmi już upłynął.

Przypomnieć należy w tym miejscu ponownie, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje wyłącznie sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania, w sytuacji skorzystania przez zamawiającego z rękojmi za wady. Jeśli zatem wykonawca nienależycie wykonał zamówienie (skorzystanie z rękojmi nie będzie dotyczyło przypadku niewykonania zamówienia lub długotrwałego nienależytego wykonywania zamówienia, odnosi się bowiem do rzeczy przekazanej już zamawiającemu, w której ten stwierdza wady) i to nienależyte wykonanie, w związku z którym zgłoszono roszczenia rękojmi, nastąpi w znacznym stopniu lub zakresie - zamawiający może zastosować powyższy przepis. Nie mogą być więc podstawą podjęcia takiej decyzji zarówno drobne, niewielkie naprawy przedmiotu zamówienia, realizowane w ramach rękojmi, ale też co istotne w okolicznościach rozpoznawanej sprawy - realizacja roszczeń z tytułu gwarancji. Jeżeli więc naprawa wad przedmiotu zamówienia będzie realizowana na podstawie udzielonej przez wykonawcę gwarancji, to nawet jeśli wady będą znaczące - nie może to stanowić przesłanki wykluczenia. (...) Tym samym wyżej przedstawiony stan faktyczny, w ocenie Izby, jednoznacznie wskazuje, że nie spełniła się przesłanka wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż nie zaistniał skutek w postaci: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, gdyż umowa została zrealizowana a prace z niej

wynikające - odebrane czy też wypłacenia odszkodowania (okoliczności bezsporne), ale też nie doszło w tym przypadku do zlecenia wykonania zastępczego (nie są nim roboty, zleczone w związku z koniecznością usunięcia wad i usterek w okresie gwarancji) czy też nie mamy do czynienia z realizacją uprawnień z tytułu rękojmi za wady (a z kolei realizacja roszczeń z tytułu gwarancji nie mieści się w dyspozycji tego przepisu).

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania dopuścił się naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jak też innych przepisów wskazywanych w treści złożonego odwołania.”

Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3298/21, KIO 3307/21

„Mając na uwadze natomiast drugą podstawę wykluczenia oferty Odwołującego P., Izba wskazuje, co następuje. W pierwszej kolejności wskazać należy że Zamawiający na str. 8 w par 9 SWZ przewidział zastosowanie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ustawy Pzp. Jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Natomiast jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, niemniej jednak wraz ze złożeniem oferty, Zamawiający wymagał również już na tym etapie postępowania złożenia wypełnionego formularza JEDZ. Członek konsorcjum tj. P. Sp. z o.o. Sp.K. w treści formularza JEDZ w części III pkt C, w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź „NIE”. Natomiast jak ustalił Zamawiający, P. sp. z o.o. był wykonawcą z którym Gmina N. podpisała umowę o zamówienie publiczne i umowa ta nie została przez tego wykonawcę wykonana z uwagi na okoliczność, że 27 grudnia 2018 r. wykonawca ten wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym, działając na podstawie art. 750 w zw. z art. 746 § 2 ustawy Kodeks cywilny. W ocenie Izby rozwiązanie umowy przed czasem bez względu na przyczynę jest okolicznością uzasadniającą zaznaczenie „TAK” w odpowiedzi na ww. pytanie formularza JEDZ. Nie jest to przy tym odpowiedź obciążająca wykonawcę np. w kontekście toczącego się sporu sądowego, lecz świadczy o rzetelnym podejściu wykonawcy do zamówienia i chęci klarownego przedstawienia zamawiającemu wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zaniechanie przedstawienia takiej informacji niewątpliwie może natomiast mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Wobec zaniechania przez członka konsorcjum P. sp. z o.o. sp. k. udzielenia odpowiedzi twierdzącej na to pytanie Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego P. W tym miejscu Izba wskazuje również, że w pełni podziela stanowisko zawarte na stronie 16 i 17 odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zawartego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego P. z uwagi na ziszczenie się przesłanki o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Przesłanka ta dotyczy w ocenie Izby sytuacji podlegających

każdorzazowej ocenie. Innymi słowy **nie ma jednej słusznej miary według której należy stosować omawiany przepis, należy dokonywać oceny okoliczności danego przypadku. W takich sytuacjach zasadnym jest wcześniejsze wszechstronne zbadanie sprawy przez Zamawiającego w celu ustalenia czy możemy mówić o wystąpieniu „przyczyn leżących po jego (tj. wykonawcy – przyp. Izby) stronie”**. W tym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny stanu sprawy dysponując tylko stanowiskiem Gminy N. będącej zamawiającym w postępowaniu, w którym miało zdarzenie wiążące się z zakończeniem umowy przed czasem. Zdaniem Izby dla właściwej oceny czy zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp zasadne, celowe i niezbędne jest wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień (selfcleaning) w oparciu o które powinna zostać podjęta decyzja o zastosowaniu omawianej podstawy wykluczenia. Powyższe nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie z uwagi na zaznaczenie odpowiedzi „NIE” w treści formularza JEDZ w odpowiedzi na ww. pytanie, jednak w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy wykluczenie Odwołującego P. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jest zbyt daleko idące.”

2.3 WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD – art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp

Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r. sygn. akt 1804/21

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

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego spełniony wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1, 4 oraz 7 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ w Rozdziale X pkt 2. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że analizowane postępowanie zamawiający prowadzi w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Z kolei zgodnie z art. 272 ust. 2 ustawy Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie

Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury. Stosownie do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) w ogłoszeniu o zamówieniu należy zawrzeć fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt I Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, postępowania o zawarcie umowy ramowej ppkt 6 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców tiret 2 informacja o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy – jeżeli zamawiający je przewiduje).

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełnienia przez Przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy Przystępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.

Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazywanego przez Odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W konwencji także przez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie doszło do naruszenia reguł wylaniania oferty najkorzystniejszej.”

Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21

„W niniejszej sprawie zarzut złożenia nieprawdziwych informacji dotyczy oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, które to oświadczenie jest oświadczeniem o charakterze ocennym, wartościującym, tj. zawierającym subiektywną ocenę wykonawcy danego stanu faktycznego w kontekście przepisów formułujących przesłanki wykluczenia z postępowania. Oświadczenie takie nie zawiera twierdzenia co do faktów, tj. informacji, którym można przypisać prawdę lub fałsz w odniesieniu do rzeczywistości. Zauważyć należy, że podczas gdy istnienie faktów może zostać dowiedzione, prawdziwość oceny nie nadaje się do udowodnienia. W takiej sytuacji można jedynie rozważać, czy istnieją fakty, które uzasadniają kwestionowanie danej oceny przez pryzmat należytej staranności wykonawcy, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. W powyższym zakresie zarzuty ani wnioski dowodowe nie zostały przez Odwołującego sformułowane.

W ocenie Izby, w świetle złożonych przez wykonawcę (...) wyjaśnień i nieprzedstawienia przez Odwołującego dowodów przeciwnych, nie sposób zarzucić temu wykonawcy świadomego, czy też wynikającego z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy złożeniu oświadczenia o braku przesłanek wykluczenia. Powyższe wynika niezbitnie z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, w których wykonawca opisał szczegółowo okoliczności, którymi kierował się składając powyższe oświadczenie. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że pobudki wykonawcy przy składaniu tego oświadczenia były nakierowane czy też choćby dopuszczające wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Ze złożonych wyjaśnień jasno wynika, że

wykonawca (...) składając ofertę dokonał odmiennej oceny (od Zamawiającego) okoliczności rozwiązania umowy z Dzielnicą (...), w kontekście przestanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zarówno złożone wraz z ofertą, jak i uzupełnione na pierwsze wezwanie, zawiera oświadczenie wykonawcy, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, co wykonawca przyjął na tej podstawie, że w znikomym stopniu przyczynił się do rozwiązania umowy pomiędzy Miastem (...) a Konsorcjum (...) w ramach którego realizował umowę nr (...), przy czym odpowiedzialność za naruszenie warunków umowy powinna być spersonalizowana do konkretnego wykonawcy w zakresie, w którym był on odpowiedzialny za realizację umowy, co wynika z treści przytoczonego przez wykonawcę wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4.5.2017r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, gdyż jeśli wykonawca ubiegając się indywidualnie o zamówienie nie może korzystać z doświadczenia wynikającego z całego zakresu zamówienia zrealizowanego w ramach konsorcjum, a jedynie może odwołać się do doświadczenia dla zakresu, jaki sam realizował, to konsekwentnie też przyjmując należy, że członek konsorcjum nie może ponosić na gruncie kolejnych postępowań negatywnych konsekwencji z tytułu działań podjętych przez innego członka takiego konsorcjum.

Zatem oświadczeniu wykonawcy (...) w trybie art. 128 ust. 1 Pzp pierwotnie uzupełnionemu nie można przypisać nieprawdziwości i wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co wyłączałoby wezwanie do uzupełnienia oświadczenia.”

Wyrok KIO z dnia 15 września 2021 r. sygn. akt KIO 2557/21

„Ponieważ złożone w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe (poświadczenia bezpieczeństwa osobowego, wykaz osób) nie zawierały informacji nieprawdziwych Izba nie stwierdziła ziszczenia się przesłanki do wykluczenia Wykonawcy (...) z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, 9, 10. Opisany stan faktyczny wskazuje jedynie na brak złożenia na wezwanie dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w celu mylnego przekonania co do zdolności do ochrony informacji niejawnych. Zamawiający sam działał w błędnym przekonaniu co do zakresu badania, jakie wymaga ustalony w postępowaniu warunek wynikający z przepisów UoOIN (Ustawy z dnia 5 sierpnia 2020 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 ze zm – przyp. red.)) Niezależnie zatem od motywów jakimi kierował się Wykonawca to Zamawiający zaniechał dokonania sprawdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z ustalonym warunkiem.”

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2220/21

„Wobec tego rozważyć należy czy niespełnienie warunku udziału w postępowaniu było w „wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa” i wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, czy też „w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd”.

Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021).

W tym stanie faktycznym nie może być mowy o przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych, gdyż G. Z. faktycznie wykonywała dokumentację projektową (projekt

budowlany i wykonawczy), także w odniesieniu do branży architektonicznej tylko, że w zakresie technologii medycznej. Informacje są więc prawdziwe i wskazują na czynności, które rzeczywiście były wykonywane w ramach wskazanego w wykazie projektu („Tom I Projektu pt. „Architektura”, Część III – Projekt technologii medycznej”). Zamawiający wyjaśniał zakres prac realizowanych przez osobę wskazaną w „Wykazie osób” i to Zamawiający, dysponując faktycznym zakresem wykonywanych prac nieprawidłowo uznał, że warunek jest spełniony. Fakt, że wskazana w „Wykazie osób” osoba nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie oznacza, że wynika to z określonych, negatywnych działań tego wykonawcy. Wykonawca złożył bowiem wyciąg z dokumentów – projekt wykonawczy, w którym wskazano „branża budowlana, architektura, technologia medyczna”. Inaczej warunek interpretowali wykonawcy, inaczej zamawiający.

W tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (załącznik nr 4 Wykaz osób pozycja 4, tj. wykazania dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej posiadającym wymagane przez zamawiającego doświadczenie w sporządzeniu projektu, którego przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa budynku, które obejmowałyby wykonanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Wcześniejsze wezwanie do uzupełnienia dotyczyło bowiem jedynie wyjaśnienia czy doświadczenie (...) obejmowało wykonanie dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy).”

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2474/21

„Twierdzenia Odwołujących o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd nie zasługiwały na uwzględnienie. Dane, które w dokumencie JEDZ, a następnie w podmiotowych środkach dowodowych przedstawiło konsorcjum (...), odpowiadały rzeczywistości, były danymi widniejącymi w dokumentach finansowych spółek tworzących konsorcjum. Wykonawca posługiwał się danymi ujętymi w sprawozdaniach finansowych, a z momentem złożenia oferty dane te nie uległy zmianie. Wykonawca od początku nie ukrywał, że posługuje się danymi obejmującymi okres 16 miesięcy. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołujących nie było możliwe wywołanie u Zamawiającego mylnego wrażenia, że podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu w inny sposób, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Aby tak było, Zamawiający musiałby powziąć przekonanie, że dane finansowe i ekonomiczne obejmują okres 12 miesięcy, dane te potwierdzają wymagany poziom warunków udziału dla tego okresu, co doprowadziło do uznania oferty za najkorzystniejszą. Tymczasem Zamawiający od początku wiedział, że w związku ze zmianą przepisów prawa podatkowego Wykonawca przedstawia dane za okres dłuższy, to jest 16 miesięcy. Przedstawione dane miały charakter obiektywny, informacje o dacie początkowej i końcowej roku obrotowego ujęte były w treści formularza JEDZ, złożenie sprawozdań finansowych je potwierdziło. Odpadła więc jedna z przesłanek, skutkujących uznaniem, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, mianowicie wykonawca przekazał zamawiającemu informacje nieprawdziwe (niezgodne z rzeczywistością). Odwołujący w żaden sposób nie wykazali również kolejnej przesłanki, to jest działania wykonawcy o charakterze umyślnym lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Skoro informacje nie były nieprawdziwe i nie wykazano, że Wykonawca działał umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa, to okoliczności te nie mogły mieć wpływu na decyzję Zamawiającego. Nie wskazano na czym miałyby polegać rażące niedbalstwo, czy też jakie działania konsorcjum (...) nosiły cechę umyślnych, skoro konsorcjum jednoznacznie określiło, za jaki czas

przedstawia dane finansowe. Jak już podkreślono w poprzednim zarzucie, dane finansowe dotyczyły ostatnich trzech lat obrotowych w ujęciu roku obrotowego. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd co do rozbieżności między obiektywną rzeczywistą kondycją finansową Konsorcjum (...) w latach obrotowych 2018-2020, a wyobrażeniem o niej na podstawie dokumentów finansowych przedłożonych w postępowaniu. Tym samym zarzuty odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie.”

Wyrok KIO z dnia 29 września 2021 r. sygn. akt KIO 2720/21

„W sprawie rozpatrywanej zamawiający wezwał w dniu 30 lipca 2021 Konsorcjum (...) do uzupełnienia otrzymanego oświadczenia, które nie zawierało niezbędnych informacji co do zakresu i okresu pracy osoby wskazanej w wykazie. W odpowiedzi Konsorcjum (...) udzieliło wyjaśnień, z których wynikało, że Pani (...) nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, jako że całkowity okres opracowywania raportów wskazanych na potwierdzenie doświadczenia tej Pani był dłuższy niż wskazany okres jej zaangażowania. Z wezwania Zamawiającego wyraźnie wynika, że Zamawiający wzywa do uzupełnienia wykazu o inne przykłady doświadczenia Pani (...), a nie o wskazanie innej osoby na potwierdzenie spełniania warunku. Wyjaśnienie stanowiło zatem odpowiedź na wezwanie w zakresie w tym wezwaniu określony, a jednocześnie potwierdziło brak wymaganego doświadczenia, co w istocie wykonawca potwierdzi. W takim stanie rzeczy teza odwołującego o wprowadzeniu zamawiającego w błąd lub złożenie nieprawdziwych informacji jest niezasadna i nadmierna. Przepisywanie wykonawcy intencji ukrywania informacji celem uzyskania dodatkowego czasu na pozyskanie nowych zasobów osobowych nie jest w ocenie Izby przekonujące. Wywodzenie zaś z takiego hipotetycznego zdarzenia wniosku o wprowadzeniu w błąd nie znajduje uzasadnienia w sprawie. W obu wyżej wskazanych w odwołaniu przepisach ustawy pzp, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca musi wprowadzić w błąd zamawiającego i to wprowadzenie w błąd musi dodatkowo skutkować podjęciem przez zamawiającego decyzji, która miała istotny wpływ na wynik postępowania. O ewentualnym wprowadzeniu w błąd Zamawiającego można by mówić więc tylko wówczas, gdyby Konsorcjum (...), na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 lipca 2021 r. potwierdziło, że Pani (...) spełnia warunek, a następnie na tej podstawie zamawiający zdecydował o wybraniu oferty Konsorcjum (...) jako jednej z najkorzystniejszych. Taka sytuacja jednak nie miała miejsca i tym stanie rzeczy, nie jest możliwe twierdzenie, że Konsorcjum (...) wprowadziło, czy też nawet zamierzało wprowadzić zamawiającego w błąd. Takiej okoliczności skład orzekający się nie dopatrywał.”

3. SAMOOCZYSZCZENIE – art. 110 ust. 2 Pzp

Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21

„Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy (...) do złożenia samooczyszczenia pomimo, że wykonawca ten twierdził w uzupełnionym uprzednio oświadczeniu w trybie art. 125 ust. 1 Pzp, że nie podlega wykluczeniu, co uniemożliwia zastosowanie procedury samooczyszczenia, a istotą procedury samooczyszczenia jest dokonanie jej z inicjatywy wykonawcy, a nie na wezwanie Zamawiającego. (...) Izba zważyła, że ani Prawo zamówień publicznych, ani SWZ w

przedmiotowym postępowaniu nie zawiera regulacji odnośnie terminu dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia lub ograniczenia co do wszczęcia tej procedury wyłącznie z inicjatywy wykonawcy. Powyższe potwierdza, że czynności Zamawiającego, dotyczącej wezwania wykonawcy do wszczęcia procedury samooczyszczenia nie sposób postawić skutecznie zarzutu niezgodności z prawem.

Reasumując w dniu 22.07.2021 r. (...), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dostarczył Zamawiającemu wyjaśnienia (pismem z dnia 21.07.2021 r.) w ramach procedury samooczyszczenia wraz z załącznikami oraz poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wskazał, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania, wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie wykonawca ustosunkował się do przestank wskazanых w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz przedstawił w tym zakresie stosowne dowody. Podkreślenia wymaga fakt, że treść złożonych wyjaśnień nie była kwestionowana przez Odwołującego w zakresie wymogów wynikających z art. 110 ust. 2 Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 6 września 2021 r. sygn. akt KIO 2387/21

„W ocenie Izby, jakkolwiek sposób zredagowania wezwania, wbrew twierdzeniom Zamawiającego w odniesieniu do pkt I wezwania nie wskazuje na oczekiwanie wyjaśnień, lecz stanowi stanowcze żądanie zastąpienia negatywnego oświadczenia własnego Odwołującego odpowiedzią twierdzącą, oraz przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, to jednak, należy zgodzić się z Zamawiającym, że nie wpłynęło ono negatywnie na sytuację Odwołującego w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dało ono bowiem możliwość Odwołującemu poznania stanowiska Zamawiającego, co do istnienia według niego podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z umową nr (...), oraz ponownego wyrażenia swojego stanowiska w tym zakresie. Nie była to zatem czynność Zamawiającego, która skutkowałą, czy mogła skutkować powstaniem szkody po stronie Odwołującego.

*(...) za wiarygodne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że Wezwanie miało na celu stworzenie Odwołującemu szansy na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Do tego konieczne jednak było przyznanie przez wykonawcę, że podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w JEDZ. W związku z tym, **jakkolwiek sposób redakcji Wezwania może budzić zastrzeżenia, bowiem zabrakło w nim obecnie podnoszonych przez Zamawiającego twierdzeń wskazujących na jego motywy działania, to jednak samo stworzenie przez Zamawiającego możliwości usunięcia podstawy wykluczenia, na którą planował się powołać, i o czym powiadomił Odwołującego, oznacza, że Wezwanie nie mogło negatywnie skutkować dla Odwołującego.***

Odwołujący po otrzymaniu Wezwania uzyskał możliwość ponownego przeanalizowania okoliczności związanych z rozwiązaniem ww. umowy, zawartej z Zamawiającym, i znając stanowisko Zamawiającego, podjął decyzję co do tego, czy dokonać zmiany JEDZ i przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, czy pozostać przy dotychczasowej ocenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie można wykluczyć, że zastosowanie się do wezwania, mogło wpłynąć na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, jednak brak wykonania wezwania nie zmienił jego sytuacji. Odwołujący miał wiedzę, że będzie to skutkowało wykluczeniem go

z postępowania, co nastąpiło to 2 września 2021 r. W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że wystosowanie przez Zamawiającego Wezwania naruszało wskazane w odwołaniu przepisy ustawy.”

Wyrok KIO z dnia 22 października 2021 r. sygn. akt KIO 2916/21

„Odnosząc się z kolei do kwestii czasu, w którym odwołujący podjął działania w celu samooczyszczenia, należy zauważyć, że w dniu skierowania do zamawiającego pism informujących o niezgodności podanych informacji ze stanem faktycznym i o podjętych czynnościach w ramach samooczyszczenia (14 i 17 września 2021 r.), odwołujący nie wiedział o zamiarze wykluczenia go przez zamawiającego z postępowania, jak też nie wiedział o wezwaniu kolejnego wykonawcy do złożenia dokumentów podmiotowych. Działania zamawiającego w tym zakresie nie zostały bowiem w tamtym czasie ujawnione odwołującemu. Tym samym nie można uznać, że odwołujący podjął czynności w ramach samooczyszczenia za późno. Pomijając już nawet kwestię czasu potrzebnego na m.in. reorganizację działu ofertowania czy przesunięcia kadrowe, przede wszystkim dostrzec należy, że odwołujący podejmował czynności zanim dowiedział się o weryfikacji przedstawionych przez niego informacji przez zamawiającego oraz o planowanym wykluczeniu go z postępowania.

W świetle powyższych ustaleń należy stwierdzić, że nie zachodzą podnoszone przez zamawiającego okoliczności zwalniające go z obowiązku dokonania oceny czynności podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia. Tymczasem obowiązek taki wprost wynika z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, zatem zamawiający powinien był dokonać oceny ww. czynności przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Brak dokonania przez zamawiającego oceny środków podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia czyni odrzucenie jego oferty wadliwym. Dlatego Izba stwierdziła, że zamawiający dopuścił się w tym wypadku naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i uwzględniła odwołanie.”

4. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – art. 112 -117 Pzp

4.1 UPRAWNIENIA DO PROWADZENIA OKREŚLONEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ LUB ZAWODOWEJ – art. 114 Pzp

Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21

„Oceniając ustalony stan faktyczny pod kątem zgodności z przytoczonymi wyżej przepisami ustawy, Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący niewykazania przez (...) spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Nie ulega wątpliwości, że ww. wykonawca posiada wymagany wpis do rejestru prowadzonego przez Wójta Gminy (...) – zaświadczenie o wpisie zostało załączone do odpowiedzi na odwołanie. Posiadanie takiego wpisu jest okolicznością znaną Zamawiającego z urzędu, jako że Zamawiający jest podmiotem prowadzącym rejestr.

Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te

środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie tylko jest w dyspozycji podmiotowego środka dowodowego, ale sam prowadzi rejestr w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, brak wskazania na to przez wykonawcę nie powinien prowadzić do uznania, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie odpowiadałoby to zasadzie proporcjonalności określonej w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby do stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, mimo że nie tylko warunek ten niewątpliwie spełnia, ale również mimo posiadania przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego to spełnianie. Fakt, że Zamawiający skierował wezwanie do złożenia takiego dokumentu może być uznane jedynie za czynność zbędną, co jednak nie wpłynęło na przebieg i wynik postępowania.”

Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1909/21, KIO 2071/21

„Izba ustaliła, że Przystępujący przedłożył Zamawiającemu zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 30 października 2012 r., wydane przez Wójta Gminy (...). Bezsporne jest w sprawie, że ww. zaświadczenie nie zawiera wpisu w zakresie odpadów o kodzie 17 08 02.

Odwołujący podnosił, że (...) z uwagi na brak posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 17 08 02 nie jest w stanie wykonać w pełni przedmiotu zamówienia i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym jego oferta winna zostać odrzucona.

W ocenie składu orzekającego rację należy przyznać Zamawiającemu oraz Przystępującemu, że (...) posiada i posiadał na dzień składania ofert uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z postawionym w dokumentacji postępowania warunkiem, tj. posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich kodów objętych przedmiotem zamówienia, w tym również kodu odpadu 17 08 02.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy (...) 29 października 2012 r. 30 października 2012 r. Wójt Gminy (...) wydał zaświadczenie o wpisie zgodnie z wnioskiem złożonym przez przedsiębiorcę nadając numer wpisu (...)

19 kwietnia 2013 r. (...) złożył wniosek o dokonanie zmiany wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy (...) (data wpływu do Urzędu Gminy 23 kwietnia 2013 r.), wnosząc o uzupełnienie wpisu (...) o konkretne kody odpadów, w tym o kod 17 08 02 Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01, poz. 36 złożonego wniosku. 24 kwietnia 2013 r. Wójt Gminy (...) wydał zaświadczenie o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej. W przedmiotowym zaświadczeniu nie został wskazany kod odpadu z poz. 36 ww. wniosku, tj. 17 08 02 - Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01. Wójt Gminy (...) 29 czerwca 2021 r. dokonał sprostowania wpisu do rejestru działalności regulowanej nr (...) w trybie art. 9ba ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, dalej „ustawa ucpg”, oraz wydał zaświadczenie uwzględniające dokonane sprostowanie. Z dokonanego sprostowania wynika, że wpis do rejestru działalności regulowanej nr (...) obejmuje wszystkie rodzaje odpadów, które zostały zgłoszone do rejestru z uwzględnieniem wniosku o zmianę wpisu z dnia 19 kwietnia 2013 r., w tym w zakresie kodu odpadu 17 08 02. (...) Przystępujący na dzień składania ofert posiadał uprawnienia do wykonywania działalności regulowanej w zakresie odpadów objętych przedmiotem

zamówienia. Nie sposób więc uznać, że jego oferta winna zostać odrzucona w związku z brakiem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do wykonywania działalności regulowanej.”

Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1916/21

„Odnosząc się do wykazania przez Wykonawcę (...) uprawnień do wykonywania działalności regulowanej i posiadania wpisów do odpowiednich rejestrów, Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Jak słusznie zauważył Zamawiający, zgodnie z przepisem 127 ustawy Pzp zamawiający może korzystać z bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne celem sprawdzenia, czy Wykonawca odpowiednio uprawnienia posiada. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzi sam Zamawiający, natomiast numer wpisu (...) do rejestru BDO został w ofercie podany, sam zaś dostęp do rejestru jest nieograniczony. Jak wynika z wcześniejszych fragmentów uzasadnienia niniejszego orzeczenia, Izba doszła do przekonania, że nie było wymagane złożenie podmiotowych środków dowodowych dla podwykonawcy. Tym samym złożenie dokumentów dotyczących wpisów do odpowiednich rejestrów nie było wymagane.”

Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2292/21, KIO 2294/21

„Faktycznie w odwołaniu nie określono z nazwy jakich to uprawnień wykonawca (...) nie posiada. Niemniej pomimo nie określenia z nazwy uprawnień odwołujący wskazał okoliczności, które wymagają stosownych uprawnień do zajmowania się utrzymaniem porządku i czystości oraz utrzymania zimowego przystanków komunikacji miejskiej (...) sp. z o.o., będąca członkiem konsorcjum (...), która zgodnie z deklaracją złożoną przez wykonawców w trybie art. 117 ust. 4 PZP zajmować się ma usługami utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w C., nie posiada uprawnień wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności”.

Poza tym na posiedzeniu odwołujący w poczet dowodów złożył: Wydruk z rejestru BDO (Baza Danych Odpadowych) z 15.08.2021 r., jest to rejestr ogólnokrajowy, z którego wynika, że spółka (...) sp. z o.o. (członek konsorcjum) nie jest wpisana jako podmiot, który jest uprawniony do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia. Zezwolenie to wydawane jest na poziomie miasta lub województwa (podstawa prawna: art. 41 ust. 1 Ustawy o odpadach, art. 195 w związku z art. 233 ust. 2 Ustawy o odpadach). W ocenie odwołującego takie wymogi należy mieć już na etapie składania oferty, a nie uzyskania zamówienia, ponieważ takie wymogi postawił w SWZ zamawiający. Przywołuje art. 7 pkt 29 Pzp, który mówi o spełnieniu warunków udziału i odwołuje się do par. 3 ust. 1 umowy. Z tych postanowień umowy wynika, że należy mieć przed przystąpieniem wykonane wpisy zgodnie z Ustawą o odpadach do zbierania i transportu. Wywodzę to z tego, że zaakceptowali wzór umowy, składając ofertę (vide protokół posiedzenia/rozprawy).

Natomiast zamawiający odnosząc się do wydruku z BDO stwierdził, że nie ma mocy dowodu, (Jeżeli chodzi o dowód z tzw. BDO, to w moim przekonaniu nie ma to waloru dowodowego, ponieważ wydruk nie odnosi się do żadnych przepisów oraz nie można tego rejestru przypisać do przywoływanego przez odwołującego rejestru Bazy Danych Odpadów. Przywołuje tutaj

oświadczenie przystępującego, który stwierdza, że (...) sp. z o.o. posiada wpis do rejestru bazy danych odpadów, w związku z tym, występując w ramach konsorcjum, posiada uprawnienie, które według lansowanej tezy dowodowej przez odwołującego jako dokument powinien być złożony już na etapie składania oferty – vide protokół z posiedzenia/rozprawy).

Z kolei Odwołujący, odnosząc się do kwestionowanego dowodu z BDO, twierdzi, że jest to przede wszystkim ogólnodostępny rejestr rządowy, a przedstawiony zrzut ekranu stanowi dowód, że spółka (...) sp. z o.o. nie ma pozwolenia (dowód - wydruk BDO w aktach sprawy).

Izba przyjęła jako dowód wydruk z BDO, na którym widnieje X, gdzie brak jakichkolwiek wpisów o posiadanych uprawnieniach do gospodarki odpadami.

Podsumowując Izba uznaje zarzut braku uprawnień do gospodarki odpadami za wykazany przez odwołującego.”

Wyrok KIO z dnia 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 2602/21

*„Zaznaczenia wymaga, że to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, który doprowadzi do wyboru wykonawcy gwarantującego należyłą realizację zamówienia. Jak wynika z art. 112 ustawy pzp zamawiający formułuje warunki udziału w postępowaniu określając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, warunki udziału w postępowaniu nie odzwierciedlają w pełni wszystkich wymogów opisu przedmiotu zamówienia, a wyłącznie zakres pozwalający na wybór wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił wymóg posiadania wpisu do działalności regulowanej. Zauważyć należy, że **Zamawiający sformułował warunek w sposób ogólny bez odniesienia do rodzajów czy kodów odpadów, które ma obejmować wpis. W ocenie Izby takie ukształtowanie warunku nie uprawniało Zamawiającego do następczej weryfikacji czy posiadany przez Odwołującego wpis odpowiada rodzajom odpadów wymaganych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia.** Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wykonawcy powinni samodzielnie zweryfikować opis przedmiotu zamówienia, domyślić się jakie kody odpadów powinien obejmować wpis, tak aby na dzień składania ofert móc wykazać się posiadaniem wpisu w zakresie odpowiadającym opisowi przedmiotu zamówienia. Jeśli Zamawiający oczekiwał posiadania na dzień składania ofert wpisu o określonej treści to powinna ona wynikać wprost z postawionego warunku.”*

Wyrok KIO z dnia 20 października 2021 r. sygn. akt KIO 2716/21

„Jak wynika z treści Rozdziału 21 pkt 1 ppkt 2) SWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Opis tego warunku wskazany przez Zamawiającego jest następujący: świadectwo autoryzacji umożliwiające firmie serwis kotłów wodnych firmy (...) S.A., oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy (...)) umożliwiające firmie obsługę i konserwację węzłów cieplnych produkcji firmy (...).

W celu wykazania spełniania ww. warunku wraz z ofertą należało złożyć oświadczenie zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, natomiast na wezwanie Zamawiającego w przypadku, gdy oferta została najwyżej oceniona, należało w tym zakresie Zamawiającemu przedstawić świadectwo autoryzacji firmy (...) oraz oświadczenie lub certyfikat producenta (...).

Powyższy warunek udziału w postępowaniu uznać należy za naruszający art. 112 ust. 1 i ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 114 ustawy Pzp w zw. z §7 rozporządzenia. Niezależnie od ewentualnej potrzeby Zamawiającego zapewnienia sobie konieczności świadczenia serwisu urządzeń firmy (...) i firmy (...) przez podmioty, czy osoby posiadające odpowiednie certyfikaty, w związku z udzielonymi Zamawiającemu gwarancjami na ten sprzęt, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp nie jest uprawniony do opisywania warunków udziału w postępowaniu w tym celu.

Celem opisywania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię prawidłowego i należytego wykonania zamówienia. Aby prawidłowo ten cel zrealizować zamawiający musi mieć na uwadze zasady postępowania, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, a ponadto może poruszać się tylko w ramach zakreślonych przepisem art. 112 ust. 2 ustawy Pzp. Wymienione tam obszary, jakich mogą dotyczyć warunki udziału w postępowaniu stanowią katalog zamknięty, tym samym warunki udziału w postępowaniu nie mogą dotyczyć innych zakresów, niż wskazane w omawianej regulacji. Innymi słowy, kwalifikacja podmiotowa wykonawców w ramach warunków udziału w postępowaniu wykraczająca poza powyższe wyliczenie, stanowi naruszenie ustawy Pzp. Celem przepisu art. 114 ustawy Pzp jest natomiast weryfikacja, czy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej bądź wykonywania zawodu objętych zamówieniem.

Kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu został opisany przez Zamawiającego w ramach obszaru dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Jest okolicznością bezsporną, że podstawą opisanego warunku i związanego z nim żądania dokumentów nie był przepis prawa lecz postanowienia zawarte w kartach gwarancyjnych na sprzęt firmy (...) S.A. i firmy (...). Tym samym przedstawione przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie dowody mające potwierdzać zasadność omawianego warunku nie mogą stanowić o prawidłowości tego warunku, bowiem przepisy art. 112 i 114 ustawy Pzp są w tym zakresie jednoznaczne.

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2, w zw. z art. 114, w zw. z § 7 pkt 2 ppk. 1 rozporządzenia oraz w konsekwencji powyższego nakazała wykreślenie warunku zawartego w Rozdziale 21 pkt 1 ppkt 2) SWZ oraz odpowiednio w treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym „o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ile wynika to z odrębnych przepisów.”

4.2 SYTUACJA EKONOMICZNA LUB FINANSOWA – art. 115 Pzp

Wyrok KIO z dnia 3 września 2021 r. sygn. akt KIO 2333/21

„Podobnie ma się rzecz co do drugiego zarzutu odwołania to jest braku upoważnienia pracownika banku do wystawienia opinii bankowej co do posiadanych środków finansowych, a co stanowi oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli. Nie wchodząc w dyskurs co jest oświadczeniem woli, a co jest oświadczeniem wiedzy i co wydaje się bezspornym w

argumentacjach prezentowanych przez przeciwne strony procedury odwoławczej. Istotnym elementem tej części sporu jest pełnomocnictwo załączone do opinii bankowej (w aktach sprawy). Tutaj również Izba podziela argumentację zamawiającego zaprezentowaną powyżej w odpowiedzi na odwołanie.

Bowiem żaden przepis prawa w systemie PZP nie zobowiązuje w przypadku dokumentów bankowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu załączać pełnomocnictw osób wystawiających dokumenty na te okoliczności. Niemniej odwołujący ma prawo udowodnić, że osoba wystawiająca potwierdzenie czy to stanu konta czy to zdolności kredytowej, była do takich czynności upoważniona, bądź nie upoważniona. Natomiast fakt dołączenia do opinii bankowej pełnomocnictwa, które np. nie odpowiada czynności bankowej jaki stanowi dokument (opinia bankowa), w niniejszej sprawie, nie oznacza, że osoba ta nie posiada w ogóle upoważnienia do wystawienia tej treści opinii. Podsumowując, twierdzenie odwołującego powinno być poparte dowodem, że w tym przypadku Pani (...), nie posiada takiego prawa, a nie tylko, że pełnomocnictwo załączone nie obejmuje upoważnienia do oświadczenia zawartego w opinii bankowej. Inna byłaby sytuacja, gdyby stosowne pełnomocnictwo było wymagane przez przepis prawa do jego skuteczności w obrocie, ważności. W zaistniałej sytuacji Izba stwierdza, że odwołujący nie udowodnił, że Pani (...) nie miała prawa wystawić opinii bankowej. W tej sytuacji odwołujący nie sprostął zasadzie art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP. Natomiast Izba podziela argumentację przystępującego na rozprawie, w myśl której ostatecznie należy stosować regułę zawartą w art. 97 k.c., ponieważ odwołujący nie przeczy, że Pani (...) jest pracownikiem banku, ale to jest poza regułą art. 6 k.c. obciążająca odwołującego, a nie przystępującego. Ponadto przystępujący złożył oświadczenie banku z 6 sierpnia 2021r. (w aktach sprawy) potwierdzające status Pani (...), co Izba przyjmuje w myśl przepisu art. 552 ust. 1 PZP."

Wyrok KIO z dnia 20 września 2021 r. sygn. akt KIO 2450/21

„Należy podzielić stanowisko zamawiającego, że w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o proporcjonalności do „przedmiotu zamówienia”, a przedmiot zamówienia jest pojęciem szerszym od wartości przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak należy także zauważyć, że jedną z cech określających przedmiot zamówienia jest właśnie jego wartość, dlatego też badając proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia, nie sposób pominąć takiej jego cechy, jak jego wartość szacunkowa. Z uwagi na brak pewności, czy zamówienie objęte prawem opcji w ogóle zostanie udzielone, opis warunków ekonomicznych i finansowych musi być proporcjonalny do zamówienia podstawowego, czyli do tego zakresu, który wykonawca na pewno będzie realizować. Nie spełniałby bowiem wymogów proporcjonalności i poziomu minimalnych zdolności taki opis warunku, w którym zamawiający wymagałby od wykonawcy wykazania potencjału potrzebnego do wykonania zamówienia podstawowego wraz z opcją, w sytuacji gdy zamówienie objęte opcją być może w ogóle nie zostanie udzielone. Szczególnie brak spełnienia wymogów proporcjonalności i poziomu minimalnych zdolności w opisie warunku byłby widoczny w przypadku takiego zamówienia, jak niniejsze, tj. zamówienia, w którym zakres objęty opcją wielokrotnie przekracza zakres objęty zamówieniem podstawowym, a przecież opisując warunek dotyczący zdolności finansowej, zamawiający nie mógł wykluczyć, że realizacja usługi zakończy się już po 4 miesiącach.

Biorąc zatem pod uwagę, że warunek musi być opisany proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia podstawowego, a wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosi ok. 123.000,00 zł (być może nawet mniej, sądząc po kwocie przeznaczony na sfinansowanie

zamówienia podstawowego), wymóg zamawiającego, aby wykonawca wykazał posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 1.000.000,00 zł, z pewnością nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie jest określony na minimalnym poziomie zdolności. Warunek ten jest więc nadmierny i niezasadnie utrudnia dostęp do zamówienia części wykonawcom.”

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2474/21, KIO 2501/21

„Odnosząc się do argumentacji Odwoływających związanej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców poprzez przedstawienie danych z większej liczby miesięcy, Izba podkreśla, że tak przepisy prawa krajowego, jak też przepisy rangi unijnej dopuszczają możliwość badania kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Warunek udziału w postępowaniu badać miał kondycję danego podmiotu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych. W ocenie Izby różnicowanie spółek komandytowych wobec podmiotów działających w innej formie nie mogło polegać na nałożeniu na takie spółki obowiązku przedstawienia sprawozdania finansowego sporządzonego na dzień 31 grudnia 2020 roku w sytuacji, gdy dany podmiot nie był do takiej czynności zobowiązany. Złożone przez Przystępującego (...) dokumenty zgodne były z przepisami powszechnie obowiązującymi i to właśnie respektowanie zasad określonych w innych gałęziach prawa wobec braku reguł określonych w ustawie Pzp i SWZ przez samego Zamawiającego stanowi przejaw stosowania zasady równego traktowania wykonawców. Również przepisy prawa unijnego posługują się pojęciami o charakterze ogólnym, bez wskazywania sposobu rozumienia poszczególnych pojęć, co wiązać zapewne należy z umożliwieniem państwu członkowskiemu doszczegółowienia regulacji na poziomie krajowym. Przejawem takich przepisów szczególnych w przypadku polskiego porządku prawnego jest ustawa o rachunkowości, która określa, jak należy rozumieć pojęcie roku obrotowego. Dostrzeżenia wymaga, iż przestrzeganie zasady równości upatrywać także można w poszanowaniu reżimu prawnego, w jakim funkcjonuje i działalność prowadzi dana jednostka ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ocena Zamawiającego przeprowadzona została w oparciu o reguły opisane w SWZ. To właśnie zastosowanie innych zasad stanowiłoby odstępnie od reguły równego traktowania wykonawców. Wszyscy bowiem wykonawcy przystępujący do przetargu zapoznali się z dokumentami postępowania i do wymaganych zasad dostosowali swoje oferty. Zmiana zasad badania i oceny po złożeniu ofert miałaby charakter niedopuszczalnego przekroczenia uprawnień przez Zamawiającego.

Wykonawcy zobowiązani do sporządzenia sprawozdania finansowego na koniec roku obrotowego mieli przedstawić Zamawiającemu określony dokument, co miało miejsce w prowadzonym postępowaniu. Okoliczność, że rok obrotowy może kończyć się w różnych momentach czasowych dla poszczególnych podmiotów, nie różnicuje sytuacji takich podmiotów, to bowiem od danej jednostki zależy określenie tego parametru dla celów podatkowych i w celu sporządzenia sprawozdania finansowego, natomiast zasady sporządzania sprawozdań finansowych dla wszystkich podmiotów są takie same.”

Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2105/21

„Nieprawidłowy opis warunków udziału stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp. Nie można wykluczyć, że gdyby opis warunku był szerszy, to jest nie ograniczał się do doświadczenia możliwego do zdobycia tylko w polskich strukturach, krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 255 pkt 7 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że warunek udziału odnosił się do zasad równoważności dla zdobytego doświadczenia i zawierał opis równoważności. Błędnie Odwołujący utożsamia zastosowanie zasady równoważności przy użyciu spójnika „lub”, tam gdzie Zamawiający wymagał doświadczenia w ramach „służby lub pracy”. Izba podziela zapatrywania Zamawiającego, że znaczenie miało użycie w opisie warunku sformułowań odnoszących się wprost do resortów funkcjonujących tylko w Polsce. (...) Tym samym ograniczenie warunku do możliwości wykazania się doświadczeniem zdobytym tylko w Polsce należy uznać za wadę takiego warunku. Wada ta ma charakter nieodwracalny na obecnym etapie postępowania. Natomiast rozszerzenie dopuszczalności dysponowania przez Wykonawców trenerami z zakresu ratownictwa taktycznego z innych państw niż Polska prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści SWZ po terminie składania ofert. Interpretacja warunku przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego jest nieuprawniona. Zdaniem Izby z warunku nie wynikała możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym w innych państwach, a wynikało to z zapisów warunku przytoczonych powyżej w niniejszym uzasadnieniu.”

Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21

„Wskazać należy, iż odwołujący się Wykonawca sam przyznał w odwołaniu, iż „w ramach umowy podwykonawczej nie wykonał wszystkich prac składających się na budowę przedszkola”, co jednak zdaniem Odwołującego nie oznaczało, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na szeroki zakres wykonanych prac. Ponadto Odwołujący stał na stanowisku, że w postanowieniach SWZ nie przewidziano wymogu, aby warunkiem obligatoryjnym udziału w postępowaniu było wykonanie całości robót budowlanych. W ocenie Izby powyższa argumentacja Odwołującego nie zasługiwała na aprobatę. Zdaniem Izby w ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie oczekiwał, aby wykonawca legitymował się jakimkolwiek doświadczeniem w wykonaniu prac związanych z budową lub przebudową żłobka lub przedszkola lub przedszkola ze żłobkiem, ale by wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie czyli wykonaniu obiektu budowlanego lub jego przebudowie. Okoliczność, że Odwołujący jako podwykonawca wykonał część prac w ramach ww. zadania inwestycyjnego nie oznacza, że automatycznie nabył doświadczenie w wykonaniu lub przebudowie obiektu budowlanego wymaganego przez Zamawiającego.”

Wyrok KIO z dnia 14 września 2021 r. sygn. akt KIO 2401/21

„W ocenie składu orzekającego, nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia (kwestia realizacji w mniej lub bardziej

sformalizowanym konsorcjum). Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakiej części podmiot, którego potencjał podlega badaniu partycypował w wykonywaniu żądanych prac.”

Wyrok KIO z dnia 5 października 2021 r. sygn. akt KIO 2427/21

„Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 112 ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W analizowanym stanie faktycznym, mając na uwadze postanowienie zawarte w pkt 7.1.4 SWZ oraz w pkt 8.4.8 SWZ, przyjąć należy, że wymóg złożenia przez wykonawców wykazu usług oraz dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odpowiadały przepisom zawartym ustawie Pzp oraz w Rozporządzeniu. Tym samym wykaz usług – Załącznik nr 7 złożony przez Przystępującego (...) w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 lipca 2021 r. stanowił prawidłowy sposób potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w pkt 7.1.4 SWZ. W treści złożonego wykazu Przystępujący (...) zawarł informacje dotyczące wartości usługi, podmiotu na rzecz którego były one wykonane, przedmiotu usługi.”

Wyrok KIO z dnia 11 października 2021 r. sygn. akt KIO 2588/21

„Warunki udziału w postępowaniu to minimalne zdolności, jakie są niezbędne, aby wykonawca dawał gwarancję należytej realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W konsekwencji dany warunek udziału w postępowaniu spełni nie tylko ten wykonawca, który ma zdolności tożsame ze wskazanymi w treści warunku, ale także ten wykonawca, który posiada zdolności w szerszym zakresie. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Usługa wskazana przez Odwołującego w wykazie usług była bardziej kompleksowa niż wymagana

w treści warunku, ale obejmowała cały jego zakres przedmiotowy (nadzór inwestorski, rozliczanie i sprawozdawczość).”

Wyrok KIO z dnia 11 października 2021 r. sygn. akt KIO 2597/21

„W rzeczywistości zatem Zamawiający wydaje się wprowadzać na obecnym etapie do treści ogłoszenia szczególny sposób spełnienia warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (z art. 117 ust. 1 PZP). Zamawiający oczekuje bowiem, aby w przypadku wspólnej realizacji usług, każdy z członków konsorcjum realizujących usługi, wykazał się samodzielnie i niezależnie od pozostałych konsorcjantów całym wymaganym doświadczeniem. Abstrahując czy tego typu wymóg byłby zgodny z przepisami PZP (w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalności) to oczywistym pozostaje, że nie znalazł się on w treści ogłoszenia o zamówieniu. Treść ogłoszenia jest w tym zakresie dość lakoniczna, a w związku z tym przyjęcie obecnie prezentowanej przez Zamawiającego interpretacji jest zdaniem Odwoływającego niedopuszczalne. Doświadczenie w realizacji usług ma posiadać ten podmiot, który wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku warto zauważyć, że przecież przedmiot zamówienia opisany w treści ogłoszenia nie znajduje wyraźnego odniesienia do warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia. Trudno jest zatem jednoznacznie powiązać wykonywane usługi (przedmiot zamówienia) z poziomem wymaganej zdolności (warunki udziału w postępowaniu).”

4.4 POTENCJAŁ KADROWY – art. 116 Pzp

Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2444/21

„Przed wszystkim Izba zgodziła się z Odwoływającym, że nie jest zasadne sumowanie okresów doświadczenia zdobytego na stanowisku kierownika budowy podczas zadań realizowanych w tym samym czasie. **Skład orzekający podziela poglądy prezentowane w orzecznictwie przywołanym w treści odwołania, że pokrywające się okresy doświadczenia można uwzględniać tylko jednokrotnie.** Nie negując twierdzeń Przystępującego (...), iż doświadczenie zdobywane na każdym kontrakcie jest inne i równie cenne, to jednak z perspektywy spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu istotna była długość tego doświadczenia, a nie ilość robót budowlanych, którymi pan (...) kierował. Dla okresu doświadczenia bez znaczenia pozostaje fakt, że kierownik budowy w określonych miesiącach zdobywał doświadczenie równoległe na dwóch zadaniach. W oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego oczywistym jest, że jeśli dana osoba była w jednym miesiącu kierownikiem budowy na dwóch różnych inwestycjach, to nie nabywa przez to dwumiesięcznego doświadczenia, lecz doświadczenie miesięczne na dwóch zadaniach.”

Wyrok KIO z dnia 29 październik 2021 r. sygn. akr KIO 2936/21

„Izba nie podziela zarzutów odwołania, że informacjami ujętymi w Wykazie osób Przystępujący mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd, ponieważ przedstawił informacje nie odpowiadające rzeczywistości. Z żadnego miejsca Wykazu osób nie wynika, że Przystępujący wskazując jako miejsce wykonania prac w K. i Z. miał na myśli umowy obecnie realizowane na rzecz tych Zamawiających.

Końcowo w tej części uzasadnienia wyjaśnienia wymaga jeszcze jedna okoliczność związana z ustalonym warunkiem udziału w postępowaniu dla zespołu osób. Nie bez znaczenia w ocenie składu orzekającego Izby pozostaje argument z wykładni systemowej całej treści SWZ i przepisów ustawy Pzp dla treści warunku. **Skoro przepis związany z wykazywaniem doświadczenia Wykonawcy dopuszcza posilkowanie się umowami o niezakończonym charakterze (w przypadku usług ciągłych, a do takich należy zaliczyć usługę odnoszącą się do przedmiotu zamówienia), to nielogicznym wydaje się uniemożliwienie osobom, które w realizacji takich umów uczestniczą, powoływanie się na doświadczenie zawodowe zdobyte w ramach realizacji takich usług. Takie doświadczenie ma już charakter nabytego, odnosi się do wiedzy i umiejętności danej osoby już zdobytej. Równie dobrze sformułowanie „zrealizowane” można odczytywać w ten sposób, że odnosi się ono do usługi o charakterze ciągłym, w danej jednostce czasowej i przedmiotowej w ramach określonej umowy już zrealizowanej. To usługi są nadal realizowane, natomiast warunek odnosił się do doświadczenia osób. Osoby wskazane w Wykazie nabyły wymagane doświadczenie w zakresie, w jakim usługi zostały zrealizowane. Przyjmując punkt widzenia Odwołującego, a po części samego Zamawiającego, osoby, które wykonywały określone czynności na umowach, w ramach których z różnych przyczyn nie doszło do ich pozytywnego rozwiązania, czyli zostały wypowiedziane, odstąpiono od nich z różnych powodów, nie mogłyby poświadczać, że dana osoba zdobyła w określonym czasookresie odpowiednie umiejętności i doświadczenie. Tymczasem nikt nie zaprzeczy, iż możliwe jest legitymowanie się takim doświadczeniem, czego przykładem mogą być kontrakty budowlane i doświadczenie kierowników robót. Analizując okresy takiego doświadczenia nie bada się, czy dana umowa została „zrealizowana”. Doprowadzając zaś wykładnię warunku ad absurdum, to również w ramach doświadczenia możliwe byłoby wykazanie się uczestnictwem jednodniowym przy pracy na danej umowie, byleby była ona „zrealizowana”. Izba uważa, że nie taki cel przyświecał Zamawiającemu przy konstruowaniu warunku i wykładni jego spełnienia dokonywać należy z uwzględnieniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, a nie tylko zgodnie z literalnym brzmieniem zapisów SWZ”**

4.5 ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA – art. 116 Pzp

Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1669/21

„Izba stwierdziła, iż warunek zdolności technicznej określony w Rozdziale VI pkt 4 lit c) SWZ w brzmieniu „Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do jego realizacji” został określony wadliwie. Warunek udziału w postępowaniu winien umożliwić zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażać minimalne poziomy tej zdolności dające podstawę do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podola on realizacji zamówienia. Natomiast warunek określony przez zamawiającego nie spełnia tej funkcji tj. nie daje gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia przez podmiot zweryfikowany w oparciu o ten warunek. Ponadto takie sformułowanie warunku nie daje wykonawcom pewności co do sposobu i zakresu informacji podlegających ocenie w zakresie wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, iż kwestionowany przez odwołującego warunek został

skonstruowany wadliwie. Nie zasługuje również na akceptację stanowisko zamawiającego, iż przedmiotowy warunek udziału należy czytać przez pryzmat minimalnych parametrów pojazdów określonych we wzorze umowy, w sytuacji gdy brzmienie warunku nie odnosi się do tych postanowień. Należy zwrócić uwagę, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż z całą świadomością nie określał ilości pojazdów, chcąc aby to wykonawca w optymalny sposób, biorąc pod uwagę liczbę i specyfikę tras skierował do realizacji odpowiednią ilość pojazdów. Taka argumentacja w ocenie Izby jest błędna w odniesieniu do określenia warunku udziału w postępowaniu jak i do oceny jego spełniania. Jak już wskazano powyżej **warunek, w szczególności ma wyrażać minimalne poziomy zdolności wykonawcy dające podstawy do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podola on realizacji zamówienia, a contrario brak określenia przez zamawiającego minimalnej liczby pojazdów czy też ich parametrów nie daje zamawiającemu możliwości stwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawcę.** Warunki te powinny być jasno skonkretyzowane, tak aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, czy je spełniają i czy wybór wykonawcy nastąpi między uczestnikami, którzy rzeczywiście spełniają konieczne wymagania, jak wskazał sam zamawiający w odpowiedzi z 1 czerwca 2021 r. ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie. W sytuacji braku skonkretyzowania warunku taka ocena jest niemożliwa.”

Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2068/21

„W ramach uwag natury ogólnej warto zaznaczyć, że na zamawiającym, który określa zdolności podmiotowe wymagane w postępowaniu, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego wymogi pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, eliminując podmioty przypadkowe, niedające gwarancji rzetelnej realizacji umowy. Zgodnie bowiem z art. 112 ust. 1 p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. **Postawione wymogi nie mogą być jednak nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczać uczciwej konkurencji, czy wykraczać poza cel weryfikacji podmiotowej. Każdy warunek udziału w postępowaniu musi również zostać merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega.**

Jak również „Określenie warunków podmiotowych musi ponadto polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień, np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze, do przedmiotu udzielanego zamówienia. Z ust. 1 nie należy zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia”. (...) o ile wpis do rejestru jest niezbędny do prowadzenia działalności instytucji kultury, to samo posiadanie takiego wpisu trudno bezpośrednio powiązać z przedmiotem zamówienia, którym jest pełnienie usługi ochrony.

Pomimo, że zamawiający jest wpisany do przedmiotowego rejestru, to fakt ten nie wpływa na szczególnie sposób realizacji czynności określonych w umowie. Innymi słowy, usługa ochrony polegająca na wykonywaniu prostych czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, niczym się nie różni dla jednostki wpisanej do rejestru i dla jednostki nieposiadającej takiego wpisu. Tutaj istotne jest to, do czego będzie zobowiązany wykonawca w toku wykonywania zamówienia – czyli całodobowej ochrony obiektu teatru przez wartowników w portierniach i przez wartownika do obsługi parkingu. (...) poziom warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej jest nieproporcjonalny, zamawiający zamiast zachować niezbędną równowagę (proporcję) pomiędzy uzyskaniem rękopisów należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, wprowadził warunek nadmiarowy, w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję i bezpodstawnie eliminujący wykonawców zdolnych należycie zrealizować zamówienie. W postępowaniu naruszono art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 p.z.p. Omawiany zarzut został zatem przez skład orzekający uwzględniony.”

5. UDOSTĘPNIANIE ZASOBÓW – art. 118 – 123 Pzp

Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1916/21

„Owszem, Izba potwierdza, że w punkcie 16 formularza oferty (...) zaznaczyło, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach (...) w zakresie zagospodarowania (odzysku lub unieszkodliwienia) odpadów komunalnych, ale okoliczność tę w kontekście całokształtu informacji wynikających z oferty i dokumentów należy uznać raczej za pomyłkę Wykonawcy. Żadne bowiem inne dokumenty złożone w postępowaniu tego faktu nie potwierdzają. Podmiot ten został natomiast w innych dokumentach wskazany jako podwykonawca. (...) od początku konsekwentnie zaznaczał, że będzie korzystał z pomocy podwykonawcy, wskazując zakres powierzanych prac. Jest to ten sam podmiot, który wskazano w punkcie 16 formularza. Sama zaś okoliczność korzystania z podwykonawców nie oznacza, że podmiot taki udostępnić będzie swój potencjał celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w publikacji Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (Urząd Zamówień Publicznych, 2021), gdzie czytamy, że „Przepis w zasadzie nie dotyczy zwykłego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, o którym mowa w art. 462 ust. 1 Pzp”.

Jeżeli zatem Wykonawca (...) nie powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, nie był zobowiązany do przedstawienia ani zobowiązania określającego zakres oddawanych do dyspozycji wykonawcy zasobów i sposób udostępnienia zasobów, ani JEDZ dla takiego podmiotu, ani oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu podpisanego przez taki podmiot, ani podmiotowych środków dowodowych obrazujących sytuację prawną takiego podmiotu. Nie były więc w takiej sytuacji konieczne jakiegokolwiek działania samego Zamawiającego związane z uzyskaniem od Wykonawcy dodatkowych wyjaśnień, wezwaniem do uzupełnienia zobowiązania, czy też innych dokumentów. Tym samym zarzuty odwołania dotyczące braku podmiotowych środków dowodowych oraz zobowiązania odnoszącego się do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci okazały się bezpodstawne.”

Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1949/21

„Odwołujący wskazał na ppkt 10 rozdziału XIII SWZ i treść pkt III formularza ofertowego przystępującego i podnosił, że brak jest oświadczenia podmiotu trzeciego złożonego

przystępującemu w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym. Tylko umknęło uwadze strony, że oświadczenie podmiotu trzeciego – dokument, o którym mowa w art. 118 ust. 3 i 4 p.z.p. (wypełniony załącznik nr 8 do SWZ), wykonawcy są zobowiązani złożyć, kiedy powołują się na potencjał innego podmiotu w sytuacji dotyczącej korzystania z zasobów innego przedsiębiorcy przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. (...) Zatem nie można rozciągnąć obowiązku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego (wbrew treści rozdziału XIII SWZ i wbrew brzmieniu art. 118 p.z.p.) także na sytuacje nie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jedynie na marginesie można wyjaśnić, że wskazane w art. 118 ust. 1 p.z.p. kryteria selekcji, określone w art. 7 pkt 9 p.z.p., to nie są kryteria oceny ofert, jak również takowe w tym postępowaniu nie zostały ustanowione. (...) w ocenie składu orzekającego ze zobowiązania podwykonawcy (szczególnie pkt 4 oświadczenia) prawidłowo i jednoznacznie wynika, jakie czynności wykona on w toku realizacji umowy. Jak również treść oświadczenia potwierdza, że czynności, do których potrzebne jest doświadczenie będzie wykonywał podmiot je posiadający. Tym samym zarzut nie znalazł potwierdzenia w materiale procesowym, a w konsekwencji nie mogło dojść do naruszenia w postępowaniu art. 118 p.z.p., co powoduje, że nie doszło także do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p.”

Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 2022/21

„Ponadto odwołujący podniósł, iż samo zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów zostało załączone do oferty przystępującego w sytuacji, gdy przed dniem składania ofert, udostępniający swoje zasoby przedsiębiorca zmarł. Tym samym na dzień składania ofert przystępujący nie mógł się posłużyć takim zobowiązaniem.

W zakresie powyższego, Izba podziela pogląd prezentowany przez odwołującego, że przystępujący znając okoliczności związane z opisaną sytuacją, nie był uprawniony do posługiwania się posiadany dokumentem zobowiązania, albowiem na dzień składania ofert nie było ono wymagalne. Tym samym, w ocenie Izby, takie działanie przystępującego należało ocenić jako celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe posługiwanie się zobowiązaniem przedsiębiorcy, który zmarł przed terminem składania ofert, w sytuacji w której nie został ustanowiony zarządca sukcesyjny zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz.U. 2021 poz. 170).

Zgodnie z art. 30 ust. 3 ww. ustawy, bieg terminów spełnienia świadczenia oraz terminów do wykonania innych obowiązków lub uprawnień wynikających z umowy nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu w okresie od dnia śmierci przedsiębiorcy do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego, a jeżeli zarząd sukcesyjny nie został ustanowiony – do dnia wygaśnięcia uprawnienia do powołania zarządcy sukcesyjnego.

Jak wynika z dowodu złożonego przez zamawiającego - a okoliczność wynikającą z tego dowodu potwierdził odwołujący – zarządca sukcesyjny został ustanowiony w przedsiębiorstwie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, dopiero w dniu 2 lipca 2021 roku. Tym samym, dopiero z tym dniem możliwe było udostępnienie swojego zasobu innym podmiotom. Na dzień składania ofert, podmiot ten nie mógł zaciągać zobowiązań w zakresie udostępniania swoich zasobów innym podmiotom, w tym przystępującemu.”

Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2067/21

„Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zobowiązanie podmiotu trzeciego wobec jednego z członków konsorcjum oznacza, że konsorcjum może polegać na zasobach tego podmiotu, ponieważ wystarczającym gwarantem jest więź prawna jaka łączy członka konsorcjum z podmiotem trzecim. Więż ta stanowi swego rodzaju wkład członka konsorcjum służący możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, przy czym podkreślić należy, że w art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, dopuszczającym możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, mowa o wykonawcach (w liczbie mnogiej), do których – zgodnie z ust. 5 – przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio.

W ocenie składu orzekającego odpowiednie stosowanie przepisu art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wymaga uwzględnienia ww. okoliczności, że także tworzący konsorcjum członkowie są wykonawcami i każdy z nich może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby.”

Wyrok KIO z dnia 24 września sygn. akt KIO 2353/21

„Izba wskazuje, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Dalej, stosownie do ust. 3 ww. przepisu, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zgodnie z ust. 4 art. 118 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z powyższych przepisów wynika zatem, że podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty

dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. (...) Izba wskazuje, że co do zasady słuszne było stanowisko Odwoływającego, iż „nadzór nad pracami projektowymi i budowlanymi” w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie był wystarczający do uznania, że Przystępujący legitymuje się stosownym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu. Podnieść jednak trzeba, iż wykładnia art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, co z kolei oznacza, że podlega on regulacji przewidzianej art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, z której w niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał wzywając Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów (...) Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu realizacji przez (...) Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia. (...) W tym miejscu wskazać należy, iż Odwoływający nie podważał treści uzupełnionego zobowiązania podmiotu (...), w szczególności w zakresie sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym błędne było stanowisko Odwoływającego, iż niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu winno prowadzić do automatycznego odrzucenia oferty danego wykonawcy, z pominięciem regulacji, o której mowa w art. 122 lub 128 ustawy Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2474/21, KIO 2501/21

„Izba nie podzieliła wątpliwości Odwoływających wyrażonych w odwołaniach co do niejasności bądź też braków w treści złożonego zobowiązania. Skład orzekający uważa, że oceniane zobowiązanie wypełnia wszystkie wymogi określone ustawą Pzp.

Przepisy wymagają by zobowiązanie określało zakres dostępnych dla wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego. Z treści złożonego zobowiązania wynika, że zakresem udostępnienia objęto elementy sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotu trzeciego. Następnie określić należy sposób i okres udostępnienia zasobu i jego wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia. Nie oceniając w tym miejscu merytorycznie, czy pożyczka jest właściwym i możliwym sposobem przekazania zasobów ekonomicznych, to właśnie ta forma została przez wykonawców wybrana, co także potwierdza treść złożonego zobowiązania. Czas udzielenia zasobu oznaczono jako cały okres realizacji budowy gazociągu, a formą ma być współfinansowanie inwestycji. Wobec takiej treści i formy zobowiązania Izba nie uważa, że udostępnienie potencjału przyjęło postać nierealnego, niemożliwego do wypełnienia. Dodatkowego podkreślenia wymaga, że żaden z Odwoływających de facto nie napisał jakich elementów brakuje w złożonym dokumencie, jakie elementy nie warunkują możliwości korzystania przez Konsorcjum (...) z udostępnianego potencjału, co powodować będzie, że niemożliwe wydaje się zapewnienie wsparcia finansowego Przystępującemu po stronie Zamawiającego.”

6. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE ORAZ INNE DOKUMENTY LUB OŚWIADCZENIA, JAKICH MOŻE ŻĄDAĆ ZAMAWIAJĄCY OD WYKONAWCY – art. 124 – 128 Pzp

Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2301/21

„Następnie Izba wskazuje, że nie potwierdził się również ostatni zarzut dotyczący zaniechania przez Przystępującego wykazania, że należycie wykonał usługi na które się powołuje w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzut ten w istocie sprowadza się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym w tym celu Przystępujący powinien był przedstawić stosowne referencje, gdyż na protokół odbioru można w ocenie Odwołującego powołać się jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji. Podkreślić należy, że w treści zarzutu Odwołujący nie kwestionował treści przedstawionych przez Przystępującego protokołów odbioru.

Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. W tym zakresie wskazać należy, że stosownie do treści rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy §9 ust. 1 pkt 2 „(...) dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.” Zatem jak stanowi przepis wykonawca może przedstawić „referencje bądź inne dokumenty”, natomiast w przypadku trudności z ich pozyskaniem – oświadczenie wykonawcy. Protokół odbioru należy wobec tego zakwalifikować jako „inny dokument”, o którym mowa w rozporządzeniu obok referencji. Innymi słowy referencje nie są jedynym „słusznym” środkiem dowodowym, jakim mogą się posługiwać wykonawcy. Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.”

Wyrok KIO z dnia 3 września 2021 r. sygn. akt KIO 2333/21

„W ocenie Izby racja odwołującego nie ma jakiegokolwiek oparcia już od kilku lat w obowiązującym systemie prawa zamówień publicznych. Jakkolwiek argumentacja odwołującego byłaby prawidłowa, ale w poprzednio obowiązującym stanie prawnym to jest przed wprowadzeniem procedury odwróconej. Aktualnie gdy jest zastrzeżona procedura odwrócona w danym postępowaniu to etap składania oferty sprowadza się do oświadczeń oferentów lub też podmiotów, którymi oferenci się posługują. Dopiero weryfikacja przedmiotowa złożonych ofert i wytypowanie najkorzystniejszej oferty powoduje wezwanie takiego też wykonawcy (najkorzystniejsza oferta) do złożenia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu to jest aktualnie zwanych dowodów podmiotowych. Tak też w związku z przyjęciem procedury odwróconej w tym przetargu, zamawiający postąpił i wezwał po zbadaniu przedmiotowym ofert i ustaleniu rankingu ofert do złożenia aktualnych dokumentów podmiotowych, w związku z art. 126 ust.1 PZP, a co wykonawca z ofertą najkorzystniejszą wypełnił. Izba nie znajduje w tym zakresie uchybień proceduralnych zamawiającego jak i okoliczności złożenia nieaktualnych dokumentów na dzień ich złożenia.”

Wyrok KIO z dnia 28 października 2021 r. sygn. akt KIO 2937/21

„Izba nie podziela poglądu odwołującego, że wykaz pojazdów - potencjał techniczny miał charakter dokumentu przedmiotowego – przedmiotowym środkiem dowodowym jest bowiem środek służący potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z

wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. **W ocenie Izby nawet jeśli jest tak, że dany dowód może pełnić różną funkcję, to decydujące znaczenie ma charakter dokumentu i jego rola przypisana przez zamawiającego w postępowaniu.** W tej sprawie zamawiający wskazał wprost, że wykaz pojazdów to podmioty środek dowodowy, tym samym wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu składali na takich właśnie zasadach swoje oferty i obecnie odwołujący nie może nadawać temu środkowi znaczenia niewynikającego z SWZ. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 128 i 223 ustawy.”

7. UZUPEŁNIANIE DOKUMENTÓW – art. 128 ust. 1 Pzp

Wyrok KIO z dnia 18 maja 2021 r. sygn. akt KIO 939/21

„Izba stwierdza, iż odwołujący nie ma również racji zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby odwołujący błędnie interpretuje przepisy ustawy Pzp, dążąc niejako do traktowania art. 128 ust. 1 i art. 122 ustawy Pzp jako odrębnych podstaw do uzupełnienia dokumentów, gdy relacja tych przepisów jest analogiczna do tej pomiędzy art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast, przepis art. 122 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 122 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot trzeci, z jakichś przyczyn, nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków – reguła jednokrotnego wezwania o ten sam dokument na podstawie art. 128 ustawy Pzp, w związku z brzmieniem tego przepisu – nie ulega zmianie. Dlatego też błędne jest twierdzenie odwołującego, że w związku z faktem, iż ponowne wezwanie będzie dotyczyło innych okoliczności (innych zasobów), nie doszłoby do naruszenia zasady jednokrotności wezwania. Wezwanie zamawiający wystosowuje w odniesieniu do określonego dokumentu np. zobowiązania jako takiego, złożenie zobowiązania kolejnego podmiotu nie powoduje, iż odnawia się obowiązek zamawiającego do wezwania o uzupełnienie tego dokumentu jeżeli zawiera on jakieś braki.

W tej sytuacji, w ocenie Izby, brak jest podstaw prawnych do zobowiązania zamawiającego do wystosowania kolejnego wezwania do odwołującego, w celu uzupełnienia dokumentów, w postaci zobowiązania czy też w postaci wykazania samodzielnego spełniania warunków, jak też przyjęcia przez zamawiającego kolejnego zobowiązania podmiotu trzeciego tj. (...) z siedzibą w S., które odwołujący złożył w dniu 15 marca 2021 r. bez wezwania. Zobowiązania takiego po stronie zamawiającego nie rodzi również art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, w ocenie Izby dający zamawiającemu możliwość wystosowania stosownego wezwania.

W niniejszej sprawie odwołujący nie wykazywał samodzielnego spełniania warunków, dlatego też złożone na rozprawie pismo przewodnie wraz z załączonymi do niego dokumentami Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.”

Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1879/21

„Izba ustaliła, że w postępowaniu zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Skład orzekający zaznacza, że zastosowanie trybu naprawczego jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił żadnej dowolności jednostce zamawiającej, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał może zostać prawidłowo wykazany – przykładowo, kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, i żadna z tych sytuacji nie wystąpiła w rozpoznawanym sporze. (...) eliminacja wykonawcy z postępowania bez wezwania go w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. byłaby przedwczesna i naruszałaby zasady p.z.p. Ponadto, Izba ustaliła, że zamawiający nie korzystał w postępowaniu także z art. 128 ust. 4 p.z.p., na podstawie którego może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych środków podmiotowych lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”

Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2039/21

„W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadliwość powyższą można było „naprawić” za pomocą przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przez wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu pełnomocnictwa z podpisami elektronicznymi dającymi się zweryfikować. Jednakże zamawiający czynności tej zaniechał, czym naruszył ww. przepis. Izba wskazuje, że skoro z dyspozycji omawianego przepisu wynika nakaz nałożony na zamawiającego przez ustawodawcę do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który pierwotnie do tej oferty nie został załączony, to tym bardziej zamawiający zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentu, który zawiera błąd.”

Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21

„Kwestie związane z wzywaniem wykonawców do uzupełniania oświadczeń i dokumentów należy rozpatrywać w kontekście określonego przez Zamawiającego w wezwaniu zakresu uzupełnienia oświadczenia z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego w danej sprawie. W orzecznictwie Izby ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, zgodnie z którą powtórne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu uzupełnienia, tj. sytuacji, gdy wykonawca na pierwsze wezwanie skierowane przez zamawiającego nie uzupełnił danego dokumentu w zakresie określonym w wezwaniu.

W niniejszej sprawie pierwsze wystosowane przez Zamawiającego do wykonawcy (...) wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dotyczyło uzupełnienia oświadczenia w związku z wadą formalną oświadczenia złożonego wraz z ofertą, tj. braku wymaganego podpisu w formie elektronicznej. Drugie wezwanie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, Zamawiający wystosował do wykonawcy na podstawie art. 110 ust. 2 i art. 128 ust. 1 Pzp w ramach zainicjowania przez Zamawiającego dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. Powyższe wezwanie było skierowane w oparciu o nowe, uzyskane przez Zamawiającego informacje, które Zamawiający szczegółowo przeanalizował i precyzyjnie

opisał w treści tego wezwania. Ponowne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia było zatem wynikiem ujawnienia nowych okoliczności oraz dotyczyło innego zakresu uzupełnienia w porównaniu z pierwszym wezwaniem.”

Izba stoi na stanowisku, że zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów należy odnosić stricte do sytuacji gdy wezwanie miałooby dotyczyć tych samych okoliczności. Zatem czynność Zamawiającego z dnia 21.06.2021 r. - wezwanie do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 128 ust 1 Pzp, nie skonsumowała uprawnień do uzupełnienia oświadczenia na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.07.2021r., co zarzucał Odwołujący.

Za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 128 ust 1 Pzp, poprzez drugie wezwanie wykonawcy (...) do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp, pomimo, że pierwotnie uzupełnione oświadczenie zawierało informacje nieprawdziwe w zakresie braku podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.”

Wyrok KIO z dnia 8 września 2021 r. sygn. akt KIO 2106/21

„Izba podziela stanowisko Odwołującego odnoszące się do tego, że w postępowaniu tym czynności podejmowane przez Zamawiającego są niejednoznaczne, niejasne. W ocenie Izby wręcz naruszające zasady przejrzystości postępowania tj. transparentności, która w tym wypadku została naruszona przez komunikowanie czynności Zamawiającego wewnątrznie sprzecznych i niezrozumiałych. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, w szczególności czynności podejmowane w ramach wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie są jednoznaczne, jasne i precyzyjne. W ocenie Izby takie naruszenie zasady przejrzystości prowadzi jednocześnie do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności w ramach prowadzonej procedury. Zasada przejrzystości stanowi gwarancję dla wykonawcy uzyskiwania informacji jednoznacznych i przejrzystych. (...) Zamawiający dokonał w postępowaniu czynności nieznanymi ustawie, co więcej nie sygnalizował i nie wyjaśniał co też tak naprawdę robi w ramach prowadzonej procedur. Takie działanie Zamawiającego, jak wskazał w odwołaniu Odwołujący, wprowadza chaos informacyjny. Skutkiem takiego działania Zamawiającego jest poddanie przez Zamawiającego ocenie podmiotowych środków dowodowych, których ocenie nie powinien poddawać.”

Wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2230/21

„Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez dwukrotne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do tej samej okoliczności. Zauważyć należy, że w wyniku czynności dokonanej w dniu 15 lipca 2021r. Zamawiający unieważnił czynność wezwania z dnia 29 czerwca 2021r., wskazując motywy tej decyzji. Izba w składzie orzekającym w pełni podziela stanowisko prezentowane w wyroku Izby z dnia 24 lipca 2019r., sygn. akt KIO 1312/19, gdzie Izba stwierdziła, że Zamawiający jest uprawniony do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Unieważnienie więc wezwania z dnia 29 czerwca 2021r. spowodowało, że jest ono traktowane jak niebyłe i nie wywołujące skutków prawnych, a więc nie można przyjąć, że Zamawiający dwukrotnie dokonał wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 20 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21

„Stosownie do treści 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.

Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług, referencje itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.”

Wyrok KIO z dnia 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 2521/21

„Izba uznała, że czynność oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 17 sierpnia 2021 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, była prawidłowa. Jednakże, bowiem żądane dokumenty – podmiotowe środki dowodowe w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają obligatoryjnemu uzupełnieniu, od którego to obowiązku ustawodawca przewidział wyjątki niemające zastosowania w tym miejscu, koniecznym było wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.”

Wyrok KIO z dnia 24 września 2021 r. sygn. akt KIO 2353/21

„(...) wykładnia art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, co z kolei oznacza, że podlega on regulacji przewidzianej art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, z której w niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał wzywając Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów (...) Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu realizacji przez (...) Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia.”

Wyrok KIO z dnia 24 września 2021 r. sygn. akt KIO 2628/21

„Natomiast zgodnie z przepisem 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. Ww. przepis stanowi odpowiednik uprzednio obowiązującego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Uwzględniając zatem wykładnię tego przepisu wynikającą

z bogatego orzecznictwa Izby oraz orzecznictwa sądowego należy uznać, że podobnie na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający obowiązany jest wystosować do wykonawcy jednokrotne wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wystosowanie ww. wezwania nie ma miejsca między innymi w przypadku uznania, że oferta podlega odrzuceniu w związku z zaistnieniem podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp ani innych zarzutów czy okoliczności wyłączających zastosowanie wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, uznając, że odwołanie podlega uwzględnieniu, Izba nie nakazała zamawiającemu odrzucenia oferty przystępujących, lecz wezwanie ich do wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2660/21

„Drugim i ostatnim podanym w odwołaniu powodem, dla którego zamawiający miałby wystosować do przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień miała być okoliczność, że zamawiający nie wezwał przystępującego do wyjaśnienia wszystkich powiązań między przystępującym a wystawcą referencji. Odwołujący argumentował, że w dotychczasowych wezwaniach zamawiający ograniczył się jedynie do wyjaśnienia kwestii zatrudnienia wspólników przystępującego u wystawcy referencji.

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał w treści odwołania, jakie to konkretnie dalsze wątpliwości zamawiający miałby dodatkowo wyjaśniać z przystępującym. Skoro odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, to powinien wskazać czego dokładnie ma dotyczyć wezwanie. Samo powoływanie się na kwestie poruszane w pismach składanych przez odwołującego w toku postępowania, bez sprecyzowania, które wątpliwości artykułowane w nich mają stanowić podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień, okazało się niewystarczające. Przy wyrokowaniu wzięto też pod uwagę, że przystępujący składając pisma do zamawiającego nakłaniał go aby wezwał przystępującego do złożenia oświadczenia o niezależności decyzyjnej między nim a wystawcą referencji. Takie było finalne oczekiwanie odwołującego przedstawione w pismach sygnalizacyjnych, jakie kierował do zamawiającego. Podkreślenia wymagało, że takie wezwanie zostało wystosowane przez zamawiającego w piśmie z 30 sierpnia 2021 r. i spotkało się z reakcją przystępującego. Dostrzeżenia wymagało także, że na skutek pierwszego z wezwań przystępujący złożył zamawiającemu umowę referencyjną i wykaz faktur. Wobec powyższego nie wiadomo jeszcze, a przynajmniej przystępujący nie sprecyzował tego w odwołaniu, do wyjaśnienia jakich kolejnych wątpliwości zamawiający miałby dodatkowo wezwać przystępującego.”

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2720/21

„Za utrwalone, także w analogicznym stanie prawnym uprzednio obowiązującym uznać należy także stanowisko, że instytucja z art. 128 ust. 1 Pzp może być przez zamawiającego stosowana z zachowaniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia zamawiającego wystosowania do wykonawcy wezwania oraz uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w przepisie. Wezwanie, o których mowa w art. 128 ust. 1 Pzp jest czynnością jednokrotną. Zasada ta wynika z konieczności zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców. Zasada ta oznacza jednak brak uprawnienia ponownego żądania wyjaśnień tej samej okoliczności w tym samym zakresie. Na tę okoliczność istotne jest ustalenie konkretnego stanu faktycznego co do treści czynności zamawiającego formułującego wezwanie kierowane do wykonawcy. (...) Uznano, że zamawiający nie wezwał dwukrotnie Konsorcjum (...) w tym samym zakresie do uzupełnienia dokumentów.

(...) Wezwanie z dnia 28 sierpnia 2021 r. było więc wezwaniem w innym zakresie, a w tym wezwaniu zamawiający dał wykonawcy możliwość wskazania innej osoby na stanowisko Koordynatora Grupy Roboczej Analizy Środowiskowe. Takie wezwanie było dopuszczalne na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2444/21

„Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje jedynie weryfikacji czynności Zamawiającego podjętych lub zaniechanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o oświadczenia oraz podmiotowe środki dowodowe, jakimi dysponował Zamawiający dokonując badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie jest uprawniona do tego, aby zastępować Zamawiającego w dalszych działaniach i dokonywać za niego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego (...) na podstawie innych zadań referencyjnych, niż wskazane w wykazie osób. Nie jest także zasadne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego (...), iż nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego (...) do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego doprowadzi jedynie do przedłużenia postępowania, a postawione w tym zakresie zarzuty nie mają wpływu na wynik postępowania. Stanowisko to oparte jest na założeniu, że pan (...) posiada doświadczenie wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu, co jednak nie zostało wykazane w postępowaniu o udzielenie zamówienia i będzie możliwe do zweryfikowania dopiero po uzupełnieniu przez Zamawiającego uzupełnionego podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób. W tej sytuacji wynik postępowania pozostaje wciąż otwarty.”

Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2640/21

„Przedmiotem sporu w odniesieniu do zarzutu 1 odwołania była kwestia prawidłowości sposobu przekazania wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu kierowanych do Odwołującego. Bezsporne pomiędzy Stronami było, że na powyższe wezwania Odwołujący nie odpowiedział. Ocena prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający był zobowiązany przekazać wezwania na adres e-mail podany przez Odwołującego w ofercie, jak podnosił Odwołujący, czy wystarczającym dla uznania ich skuteczności było nadanie wezwań przy użyciu skrzynki ePUAP. W ocenie Izby, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych zostały przekazane w sposób prawidłowy, zgodny z przewidzianymi w SWZ kanałami komunikacji, a Odwołujący był zobowiązany na nie odpowiedzieć.”

8. WYJAŚNIENIA DOKUMENTÓW - art. 128 ust. 4 i 5 Pzp

Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21

„W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień

dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. W okolicznościach niniejszej sprawy, na podstawie stanowisk Stron oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, iż odwołujący się Wykonawca nie potwierdził spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu z uwagi na błędy w złożonych dokumentach podmiotowych, przez co brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień.”

Wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2883/21

„Zgodnie z art. 128 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Jednocześnie w myśl przepisu art.128 ust.5 ustawy Pzp jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że Zamawiający wprawdzie takich czynności nie przeprowadził przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednak zasługuje na uwagę, że Zamawiający dokonał oceny złożonego przez Przystępującego wykazu i referencji na podstawie złożonych tam oświadczeń, które potwierdzały spełnianie warunków podmiotowych. Dodatkowo wymaga zauważenia, że Zamawiający w SWZ nie wymagał złożenia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów na potwierdzenie treści referencji.

W ocenie Izby - przepis art.128 ust.4 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny i jego zastosowanie jest uzależnione od wystąpienia po stronie Zamawiającego obiektywnych wątpliwości odnośnie przedstawionego przez wykonawcę określonego stanu rzeczy.

Wątpliwości zaistniały jedynie po stronie Odwołującego, który niejako wymusił na Zamawiającym zwrócenie się po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciem umowy, o wyjaśnienie i potwierdzenie treści referencji przez jego wystawcę – (...).

Według zapatrywania Izby – ustalenia dokonane przez Zamawiającego usuwały wszelkie wątpliwości co do spełniania przez Przystępującego warunków podmiotowych z SWZ.”

Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3229/21

„Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „może żądać od wykonawców wyjaśnień”, co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), w którym posłużono się słowem „wzywa”, sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień. Pomimo tej zmiany zamawiający powinni korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy mają jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów.”

Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2088/21

„Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do (...) w K. w celu potwierdzenia, czy (...) Sp. z o.o. był zgłoszonym podwykonawcą oraz jaka była faktyczna wartość dostawy, której wykazanie było wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze należy wskazać, że na etapie dokonywania badania i oceny ofert zamawiający dysponował oświadczeniami i dokumentami wykonawcy (...), które były wymagane zgodnie z treścią SWZ, a wątpliwości w zakresie wartości zadania zostały wyjaśnione w wyniku wystosowanego do wykonawcy wezwania. Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że nowe dowody w tej sprawie, przedstawione przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego, winny w pierwszej kolejności podlegać ocenie zamawiającego, należy wskazać, że zamawiający nie zmienił swojego stanowiska odnośnie czynności badania i oceny oferty wykonawcy (...) przez cały czas trwania postępowania odwoławczego. (...) Ocena dokonana przez Izbę – zarówno w odniesieniu do wartości zadania jak i udziału w nim (...) Sp. z o.o. – została przedstawiona powyżej. W odniesieniu do drugiej kwestii należy jedynie dodać, że sam fakt braku zgłoszenia danego podmiotu jako podwykonawcy nie niweczy nabytego przez ten podmiot doświadczenia, na które może powoływać się w toku postępowania odwoławczego.”