

WYROK

z dnia 3 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021r.

przez odwołującego: Corinth Pipeworks S.A. 11527 Ateny ul. Mesogeion Ave 2-4 Grecja

w postępowaniu powadzonym

przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa

przy udziale: Konsorcjum wykonawców:

- 1) Izostal S.A. 47-113 Kolonowskie ul. Opolska 29 (Lider),
- 2) „STALPROFIL” S.A., 41-308 Dąbrowa Górnicza, ul. Roździeńskiego 11a (Partner),
- 3) „FERRUM” S.A. 40-246 Katowice, ul. Porcelanowa 11(Partner),

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Corinth Pipeworks S.A. 11527 Ateny ul. Mesogeion Ave 2-4 Grecja i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Corinth Pipeworks S.A. 11527 Ateny ul. Mesogeion Ave 2-4 Grecja tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od odwołującego Corinth Pipeworks S.A. 11527 Ateny ul. Mesogeion Ave 2-4 Grecja kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

odwołanie

Działając w imieniu wykonawcy – Corinth Pipeworks Pipe Industry Single Member SA, używającego w obrocie także nazwy skróconej Corinth Pipeworks SA (dalej jako „Odwołujący”), pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 515 ust 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”), w n o s z ę o d w o ł a n i e o d

(i) niezgodnej z przepisami ustawy czynności Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (dalej jako „Zamawiający”) polegającej na bezpodstawnym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy – konsorcjum spółek: (i) IZOSTAL S.A., (ii) STALPROFIL S.A., oraz (iii) FERRUM S.A. (dalej jako „Konsorcjum”), w sytuacji, w której w odniesieniu do jednego z członków Konsorcjum – FERRUM S.A. - nie wykazano braku istnienia na dzień składania ofert podstaw do wykluczenia, jak również spełnienia wymogów udziału w postępowaniu na „Dostawę izolowanych rur stalowych na potrzeby Gazociągu Gustorzyn – Wronów oraz Dolna Odra zamówienie nr 2 („Postępowanie”);

(ii) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności Zamawiającego polegającego na braku wezwania Konsorcjum do poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie przedłożonych w odniesieniu do FERRUM S.A. zaświadczeń o niezaleganiu z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jak również oświadczeń dotyczących sytuacji finansowo – ekonomicznej Konsorcjum.

II. Zaskarżonej powyżej czynności zarzucam naruszenie:

(i) Art 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP - poprzez przyjęcie, że w odniesieniu do FERRUM S.A. (i przedłożonych w odniesieniu do tej spółki zaświadczeń o niezaleganiu z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) potwierdzony został – na dzień składania ofert – brak podstaw do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania;

(ii) Art 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 2) w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 115 PZP

– poprzez przyjęcie, że w Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie znajdowania się w określonej sytuacji finansowej lub ekonomicznej, poprzez przedstawienie „Opinii Bankowej” wystawionej przez Bank PKO BP

w dniu 21 czerwca 2021 r., podpisanej jednak przez osobę nie będącą umocowaną do składania tego rodzaju oświadczeń wiedzy.

III. Z uwagi na powyżej podniesione zarzuty wnoszę o:

(i) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego Odwołania oraz jego uwzględnienie w całości;

(ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 22 lipca 2021 r. w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów niniejszego odwołania;

(iii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane;

(iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie zestawienia, które zostanie przedłożone do akt sprawy podczas rozprawy lub posiedzenia, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą.

IV. Do niniejszego odwołania załączam:

(i) dowód przesłania Zamawiającemu odwołania wniesionego w formie elektronicznej;

(ii) pełnomocnictwo do złożenia odwołania i reprezentowania Odwołującego przed KIO wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz odpis aktualny z rejestru Izby Handlowo-Przemysłowej w Atenach dla Odwołującego, a także ogłoszenie o dokonaniu wpisów do Generalnego Rejestru Handlowego z 15 stycznia 2021 r., stanowiące dowód ukonstytuowania się Zarządu Odwołującego (poz. a i b w/w ogłoszenia);

(iii) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000 PLN.

UZASADNIENIE

1. DOPUSZCZALNOŚĆ ODWOŁANIA

1.1 Informacja o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w Postępowaniu została doręczona Wykonawcy przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 22 lipca 2021 r. Niniejsze Odwołanie, wniesione w dniu 2 sierpnia 2021 r., zważywszy na fakt, że wartość

zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”, zostało wniesione w terminie wskazanym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP.

1.2 Na podstawie art. 505 ust. 1 PZP wskazuję również, że Wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Zaskarżona czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, w której oferta ta nie została należycie zbadana (tj. nie potwierdzono braku podstaw do wykluczenia z Postępowania), stanowi o rażącym naruszeniu reguł PZP. Powtórzenie czynności badania ofert w tym przypadku może doprowadzić do sytuacji, w której oferta Konsorcjum zostanie odrzucona a Konsorcjum wykluczone z udziału w Postępowaniu. To z kolei prowadzić będzie do pełnej oceny oferty wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji - Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.Ş. Wówczas, Odwołujący będzie mieć możliwość rewizji i analizy czynności dokonanych przez Zamawiającego w tak powtórzonej czynności oceny i badania ofert, co z kolei ponownie otwierać mu będzie szansę na pozyskanie przedmiotowego zamówienia.

1.3 Kopia niniejszego Odwołania, zgodnie z dyspozycją wyrażoną w art. 514 ust 2 PZP, została przesłana Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (potwierdzenie wysłania w załączeniu).

2. STAN FAKTYCZNY

2.1 Termin na złożenie ofert w Postępowaniu upływał w dniu 10 czerwca 2021 r. W tym samym dniu Zamawiający poinformował o wpłynięciu m. in. oferty Konsorcjum.

2.2 W toku Postępowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum uzupełniło podmiotowe środki dowodowe.

2.3 W dniu 22 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, jak również opublikował ogłoszenie o wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej (dla obu części przedmiotowego zamówienia).

3. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

Naruszenie art. 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP

3.1.1 Zgodnie z Częścią XI pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wskazał, iż zastosuje przepis art. 109 ust. 1 PZP1 i wykluczy z Postępowania wykonawców, o których mowa tamże.

3.1.2 W niniejszym Postępowaniu Zamawiający (będąc do tego uprawnionym) zastosował tzw. „odwróconą procedurę oceny” i w oparciu o art. 126 ust. 1 PZP, zażądał przedstawienia dowodów na wykazanie braku podstaw do wykluczenia, po terminie składania ofert wyznaczonym na 10 czerwca 2021 r.

3.1.3 Wypełniając żądanie Zamawiającego, Konsorcjum w odniesieniu do członka Konsorcjum – FERRUM S.A. przedstawiło m.in.:

(a) Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości o nr 1471.4050.354584.2021, potwierdzające brak zaległości podatkowych na dzień 24 czerwca 2021 r., oraz

(b) Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek o nr 060071ZN21/0007001, potwierdzające brak zaległości na dzień 14 czerwca 2021 r.

3.1.4 Jak wynika z powyższego, w oparciu o przedłożone przez Konsorcjum podmiotowe środki dowodowe, bezdyskusyjnie daje się ustalić, że w odniesieniu do FERRUM S.A. podstawy do wykluczenia nie zaistniały odpowiednio: (i) 24 czerwca 2021r., oraz (ii) 14 czerwca 2021 r., czyli w (i) 14 i (ii) 4 dni po upływie terminu składania ofert w Postępowaniu. Wątpliwości budzi natomiast to, czy w jakikolwiek sposób zostało potwierdzone, że omawiane podstawy wykluczenia nie istniały w dniu składania ofert w Postępowaniu.

1

Art. 109

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania

ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności; [...]

3.1.5 Jak wskazano chociażby w Wyroku KIO z dnia 22 sierpnia 2019 r., (sygn. akt: KIO 1551/19), - warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeżeli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia. Składane zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień ich złożenia, ale oznacza to m.in., że nie mogły się one „dezaktualizować” przed ich złożeniem, jak również nie powinna być dopuszczalna sytuacja, w której w dacie składania ofert podstawy wykluczenia istniały, ale zostały jednak do dnia wydania danego zaświadczenia usunięte (np. poprzez spłatę zaległości). Przyjęcie odmiennego stanowiska świadczyłoby bowiem, że podstawy wykluczenia z postępowania należy traktować jedynie warunkowo, tj. ew. przeszkody w uzyskaniu zaświadczeń potwierdzających brak zaległości, należy usunąć przed ich złożeniem Zamawiającemu, nie zaś przed terminem składania ofert.

3.1.6 Oczywistym dla Odwołującego pozostaje to, że w okresie pomiędzy dniem składania ofert, a dniem złożenia omawianych zaświadczeń, Zamawiający mógł polegać na oświadczeniu Konsorcjum w tym zakresie. Niemniej, celem pozyskania podmiotowych środków dowodowych powinno pozostawać potwierdzenie również tego, że oświadczenie takie było prawdziwe. Tymczasem w niniejszej sprawie, możemy mówić o potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia w datach późniejszych niż dzień składania ofert. Co istotne, w odniesieniu do innych członków Konsorcjum taka wątpliwość nie zachodzi, bowiem przedłożone zaświadczenia potwierdzają brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert w Postępowaniu.

3.1.7 W ocenie Odwołującego, powyższe wątpliwości nie powinny pozostać bez wyjaśnienia, a ich „pominięcie” i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie reguł PZP. Pamiętać przy tym należy, że Zamawiający dysponował i dysponuje narzędziami pozwalającymi na wyjaśnienie takich wątpliwości, mowa tu przede wszystkim o możliwości zażądania wyjaśnień w trybie art. 128 PZP. Z nieznanych Odwołującemu przyczyn, Zamawiający zaniechał jednak takiego wezwania i tym samym pozostawił ww. wątpliwości aktualnymi.

Naruszenie art. 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 2) w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 115 PZP

3.1.8 Zgodnie z Częścią X pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał, aby oferenci wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż: (i) w zakresie części nr 1 (Rury o średnicy DN 1000) - 70 000 000,00 złotych, oraz (ii) w zakresie części nr 2 (Rury o średnicy DN 700) – 28 000 000,00 złotych.

3.1.9 Dowodem potwierdzającym spełnienie ww. warunku udziału w Postępowaniu złożonym przez Konsorcjum jest (znajdująca się w aktach Postępowania) „Opinia Bankowa” wystawiona przez Bank PKO BP w dniu 21 czerwca 2021 r., podpisana przez pełnomocnika – Panią K. J. . Do akt postępowania załączono również pełnomocnictwo z dnia 13 lutego 2015 r. o nr 14/9175-30/2015 dla Pani K. J. .

3.1.10 Z treści ww. pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik – K. J. jest umocowana i uprawniona do samodzielnego „składania oświadczeń woli w imieniu PKO Banku Polskiego S.A. [...]” we wskazanym w pełnomocnictwie zakresie (enumeratywnie wyliczonych czynności).

3.1.11 Odwołujący przede wszystkim wskazuje, że przedstawiona przez Konsorcjum „Opinia Bankowa” nie powinna być kwalifikowana jako oświadczenie woli. Zgodnie z nauką prawa cywilnego, oświadczeniem woli nazywamy przejaw woli ludzkiej zmierzający do wywołania skutku prawnego w postaci powstania, zmiany, ustania stosunku prawnego. Natomiast przedłożona „Opinia Bankowa” ma charakter tzw. złożenia oświadczenia wiedzy, czyli czynności polegającej na przekazaniu przez dany podmiot informacji, będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, innemu podmiotowi lub podmiotom. Tak też, pełnomocnik podpisujący „Opinię Bankową”, nie był do takiej czynności umocowany na podstawie złożonego pełnomocnictwa, co oznacza, że dokument ten powinien zostać zakwalifikowany przez Zamawiającego jako wadliwy i jako taki, nie mogący potwierdzić spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

3.1.12 Co więcej, zakres czynności wskazany w omawianym pełnomocnictwie, w żaden sposób nie wskazuje na formułowanie i przedkładanie w imieniu PKO Banku Polskiego S.A. oświadczeń wiedzy tego rodzaju. Warto przy tym zaznaczyć, że zakres omawianego pełnomocnictwa został enumeratywnie wyliczony i stanowi katalog zamknięty. Nie jest zatem dopuszczalne domniemanie, iż czynność polegająca na sformułowaniu i wystawieniu przedłożonej przez Konsorcjum „Opinii Bankowej” mieściła się w zakresie umocowania.

3.1.13 Podobnie jak w odniesieniu do wcześniejszego zarzutu niniejszego odwołania, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający dysponował i dysponuje znajdującymi oparcie w

przepisach PZP narzędziami pozwalającymi na wyjaśnienie ww. wątpliwości. Zamawiający w zaistniałej sytuacji, mając na uwadze konieczność dążenia do wyjaśnienia treści złożonych ofert (w tym również podmiotowych środków dowodowych) powinien zażądać od Konsorcjum wyjaśnień w omawianym zakresie. Zaniechanie takiego wyjaśnienia skutkuje bowiem pozostawieniem tychże wątpliwości aktualnymi i co za tym idzie, brakiem pewności, że Konsorcjum spełniło omawiany warunek udziału w Postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum Odwołania jednocześnie zastrzegając możliwość podnoszenia dalszych argumentów i twierdzeń w toku postępowania.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 27 sierpnia 2021r.

W imieniu Zamawiającego, powołując się na pełnomocnictwo (w załączeniu), na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej jako: „PZP”), w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Corinth Pipeworks SA (dalej jako: „Odwołujący”), wnoszę o:

- 1) oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezpodstawnego;
- 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w wysokości 3630 zł na podstawie załączonej faktury.

Uzasadnienie

I. Zakres odwołania

1 . Odwołujący wniósł odwołanie od.

a. niezgodnej z PZP czynności polegającej na bezpodstawnym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum spółek: (i) IZOSTAL SA, (ii) STALPROFIL S.A. oraz (iii) FERRUM S.A. (dalej jako „Konsorcjum”), pomimo że w odniesieniu do FERRUM S.A. Konsorcjum nie wykazało braku istnienia na dzień składania ofert podstaw do wykluczenia, jak również spełnienia wymogów udziału w postępowaniu;

b. niezgodnego z przepisami PZP zaniechania czynności polegającego na braku wezwania Konsorcjum do poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych w odniesieniu do FERRUM S.A. zaświadczeń o niezaleganiu z Urzędem Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jak również oświadczeń dotyczących sytuacji finansowo-ekonomicznej Konsorcjum.

2. Odwołujący zarzucił naruszenie:

a. art. 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 1 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez przyjęcie, że w odniesieniu do FERRUM S.A. (i w odniesieniu do tej spółki zaświadczeń o niezaleganiu z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) potwierdzony został — na dzień składania ofert — brak podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania;

b. art. 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 2 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 115 PZP — poprzez przyjęcie, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w określonej sytuacji finansowej lub ekonomicznej, poprzez przedstawienie „Opinii bankowej” wystawionej przez Bank PKO BP w dniu 21 czerwca 2021 r., podpisanej przez osobę niebędącą umocowaną do składania tego rodzaju oświadczeń wiedzy.

Wobec tak zaskarżonych czynności i zaniechań w postępowaniu oraz postawionych zarzutów Zamawiający wskazuje, co następuje.

II. Zarzut dotyczący naruszenia art. 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 1 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP

3. Z uzasadnienia tego zarzutu wynika, że Odwołujący naruszenie tych przepisów wywodzi ze złożenia przez Konsorcjum:

a. Zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach nr 1471.4050.354584.2021 potwierdzającego brak zaległości podatkowych na dzień 24 czerwca 2021 r. oraz

b. Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek nr 060071ZN21/0007001, potwierdzającego brak zaległości na dzień 14 czerwca 2021 r.,

które to — zdaniem Odwołującego — budzą wątpliwości, czy potwierdzają brak podstaw wykluczenia wobec Konsorcjum na dzień składania ofert, tj. 10 czerwca 2021

4. Co istotne, Odwołujący stoi na stanowisku, iż „pomiędzy dniem składania ofert, a dniem złożenia omawianych zaświadczeń Zamawiający mógł polegać na oświadczeniu Konsorcjum w tym zakresie” (pkt 3.1.61 s. 5 odwołania). Zatem ta okoliczność jest bezsporna.

5. Natomiast Odwołujący wywodzi, iż celem składania podmiotowych środków dowodowych (w tym przypadku: zaświadczeń z ZUS i US) powinno być „potwierdzenie

również, że oświadczenie takie było prawdziwe", a ze złożonych zaświadczeń wynika brak podstaw do wykluczenia w datach późniejszych niż dzień składania ofert. W konsekwencji Odwołujący uważa, że zaistniały wątpliwości, które powinny zostać wyjaśnione przez Zamawiającego poprzez wezwanie Konsorcjum do złożenia

6. Zdaniem Zamawiającego stanowisko Odwołującego, nota bene przedstawione bez uzasadnienia prawnego, jest nieprawidłowe. Jedynie należy zgodzić się z Odwołującym, iż oświadczenia składane przez wykonawców w JEDZ, w tym w zakresie podstaw wykluczenia, potwierdzają ich brak na dzień składania ofert. Powyższe jednoznacznie wynika z przepisów art. 125 ust. 1-3 PZP, w świetle których złożone oświadczenie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący podmiotowe środki dowodowe. Co istotne — wynikająca z art. 139 ust. 2 PZP możliwość żądania oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona nie zmienia charakteru ani skutku regulacji określonej w art. 125 ust. 1-3 PZP.

7. Natomiast podmiotowe środki dowodowe, służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia (art. 7 pkt 17 PZP), na dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonywane na podstawie art. 126 ust. 1 PZP. Muszą być złożone jako aktualne na dzień ich złożenia.

8. Aktualny podmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 126 ust. 1 PZP, już nawet na podstawie definicji pojęcia „aktualny” (<https://sjp.pwn.pl/szukaj/aktualny.html>) oznacza „obowiązujący w danej chwili, dotyczący teraźniejszości”. W świetle utrwalonego poglądu w orzecznictwie Izby, podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 PZP, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Zatem aktualność podmiotowych środków dowodowych nie może być utożsamiana z datą ich wystawienia, Wyraża się w obrazowaniu bieżącej sytuacji wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, która powinna mieć charakter trwały od dnia złożenia oświadczenia na jednolitym dokumencie, który to stanowi podstawę dokonywania oceny braku podstaw wykluczenia na dzień składania ofert (zob. KIO np. w wyrokach: z dnia 13.03.2020 r., KIO 430/20; z dnia 25.02.2020 r., KIO 294/20; z dnia 22.08.2019 r., KIO 1551/19; z dnia 1.03.2018 r., KIO 280/1 8).

9. Dodatkowo z przepisu § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 rozp. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 241 5) wynika, iż zaświadczenia z ZUS i US powinno być wystawione nie wcześniej

niż 3 miesiące przed ich złożeniem. Powyższe wymogi spełniają zaświadczenia złożone przez Konsorcjum, a kwestionowane odwołaniem.

10. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że pozostali członkowie Konsorcjum przedłożyli zaświadczenia potwierdzające brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert w postępowaniu. Takie oświadczenia również są zgodne z powołanymi wyżej przepisami, ale w żadnym razie nie stanowią potwierdzenia, iż Zamawiający powinien nabrać wątpliwości wobec zaświadczeń dotyczących sytuacji członka Konsorcjum FERRUM S.A., a także potrzeby prowadzenia wyjaśnień w tym zakresie.

11. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że ustalenia dokonane przez Izbę w powołanym w pkt. 3.1.5 odwołania wyroku KIO z dnia 22.08.2019 r., KIO 1551/19, w żadnym razie nie uzasadniają stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Wręcz przeciwnie wyrok ten celowo został powołany w niniejszym piśmie na poparcie stanowiska Zamawiającego. W szczególności należy wskazać, że wyrok ten został wydany w stanie faktycznym, w którym podmiotowe środki dowodowe zaprzeczyły oświadczeniu złożonym w JEDZ, iż wykonawca nie posiadał na dzień składania ofert ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wymaganej wysokości. Co istotne - w uzasadnieniu tego wyroku Izba wyraźnie rozróżniła przypadki potwierdzania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej od potwierdzania braku zaległości zaświadczeniami z ZUS i US. Izba jednoznacznie wyjaśniła: „Należy przy tym zwrócić uwagę na charakter wymogu i samej polisy wykonawca posiada ubezpieczenie od momentu do momentu określonego w umowie ubezpieczenia, na kwotę określoną w umowie ubezpieczenia oraz na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia na dowód czego zostaje wystawiona polisa o odpowiedniej treści (lub dokument o innej nazwie lecz tym samym charakterze). Bez owej umowy (polisy), ubezpieczenie nie istnieje, albo nie istnieje na danych warunkach. Jest to inna sytuacja niż wydanie zaświadczenia przez organ skarbowy, ZUS czy informacji z KRK tam dany stan (niezaleganie z podatkami i składkami niekaralność) istnieje niezależnie od uzyskania zaświadczenia Dlatego też data zaświadczeń tego typu w praktyce jest traktowana w nieco inny sposób — (podkreślenie Zamawiającego),

III. Zarzut dotyczący naruszenia art. 125 ust. 3 w zw. z art. 124 pkt 2 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 115 PZP

12. Odwołujący zarzut naruszenia ww. przepisów opiera na rzekomym braku umocowania p. K. J. do podpisania przedłożonej przez Konsorcjum Opinii bankowej, Wskazuje, że załączone do tej Opinii pełnomocnictwo uprawnia do składania oświadczeń

woli, a nie wiedzy oraz że zakres czynności wskazanych w pełnomocnictwie nie uprawnia do formułowania i przedkładania w imieniu PKO BP S.A. oświadczeń wiedzy tego rodzaju.

13. Na wstępie Zamawiający zgadza się z oceną Odwołującego, iż Opinia bankowa nie stanowi oświadczenia woli, lecz oświadczenie wiedzy. Może być zatem złożone przez każdą osobę, która posiada określone informacje, innemu podmiotowi.

14. Odwołujący pomija jednak, iż w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, dotyczących pełnomocnictwa, „wadliwe” mogłoby być oświadczenie woli, złożone w imieniu banku bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu (np. dotyczące udzielenia gwarancji bankowej) a nie oświadczenie wiedzy, jakim jest Opinia bankowa. Zgodnie z art. 104 KC jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu złożone zostało oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Oświadczenie wiedzy dotyczące zdolności finansowej członka Konsorcjum — IZOSTAL S.A. nie kreuje jakiegokolwiek czynności prawnej.

15. Co również istotne, a co wynika z treści pełnomocnictwa, p. K. J. jest pracownikiem banku PKO BP S.A. zatrudnionym w Biurze Klienta Strategicznego — Przemysł Ciężki i Wydobywczy. Już choćby z tego powodu należy przyjąć, iż p. K. J., jako pracownik banku i indywidualny „opiekun” klienta banku IZOSTAL S.A., jest osobą posiadającą odpowiednią wiedzę w zakresie sytuacji finansowej członka Konsorcjum.

16. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, iż nie wymagał w SWZ dołączenia pełnomocnictwa wykazującego umocowanie do podpisania opinii bankowej.

17. Zatem również w tym zakresie nie ma podstaw do przyjęcia, iż przedłożona Opinia bankowa jest wadliwa, ani nie ma jakichkolwiek w tym zakresie wątpliwości, które powinny podlegać wyjaśnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Izba w pełnym zakresie podziela słuszność i zgodność z prawem, powyżej cytowanej odpowiedzi na odwołanie zamawiającego, uznając jej argumentację za własną.

Odwołujący składając odwołanie zarzucił zamawiającemu dwie nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po pierwsze odwołujący uważa, że procedura prowadzona w systemie odwróconym wymaga złożenia dokumentów urzędu skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z datą aktualną na dzień składania ofert. Natomiast jeden z trzech członków Konsorcjum, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą (członek FERRUM) przedstawił na wezwanie w trybie art.126 PZP zaświadczenia US i ZUS z datą ich wystawienia, która odbiegała od terminu lub przed terminem składania ofert. Dla przypomnienia data składania ofert to 10 czerwca 2021r. a daty zaświadczeń FERRUM to daty o kilka czy kilkanaście dni późniejsze od daty składania ofert, nota bene też czerwcowej 2021r.

Odwołujący w swojej argumentacji nie dyskwalifikuje w sposób ostateczny oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego. Jednak co najmniej domaga się nakazania zamawiającemu wezwania do poprawienia złożonych dokumentów urzędów skarbowych oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

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 ofert) 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 przedmiotowych ofert i ustaleniu rankingu ofert do złożenia aktualnych dokumentów podmiotowych, w związku z art. 126 ust.1 PZP, a co wykonawca z oferta najkorzystniejszą wypełnił. Izba nie znajduje w tym zakresie uchybień proceduralnych zamawiającego jak i okoliczności złożenia nieaktualnych dokumentów na dzień ich złożenia.

Jak już Izba powyżej zaznaczyła podziela argumentację zamawiającego w tym zakresie w złożonej odpowiedzi na odwołanie jak i złożonych wyjaśnień na rozprawie przez pełnomocników zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

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 udowodniać, 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 K. J., 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 K. J. nie miała prawa wystawić opinii bankowej. W tej sytuacji odwołujący nie sprostał 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 K. J. 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 K. J., co Izba przyjmuje w myśl przepisu art.552 ust.1 PZP.

W powyższym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów PZP, które miały wpływ na wynik postępowania. W tej sytuacji odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600.00zł. według faktury vat.

Przewodniczący:

.....