

WYROK

z dnia 20 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **18 stycznia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 stycznia 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Kompleksowa modernizacja budynku Urzędu Miejskiego w Kamieńsku oraz adaptacja istniejących garaży na salę posiedzeń, integracji oraz aktywizacji społecznej w miejscowości Kamieńsk* (nr RIOŚZP.271.1.25.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Kamieńsk** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Orzeł Budownictwo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności – odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 6 pkt 6.1.3 SWZ.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia**

pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Kamieńsk {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Kompleksowa modernizacja budynku Urzędu Miejskiego w Kamieńsku oraz adaptacja istniejących garaży na salę posiedzeń, integracji oraz aktywizacji społecznej w miejscowości Kamieńsk* (nr RIOŚZP.271.1.25.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 listopada 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych pod nr 00457326/01.

Wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

30 grudnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Orła Budownictwo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi {dalej: „Orzeł Budownictwo”, „Spółka”, „Wykonawca” lub „Przystępujący”}.

4 stycznia 2023 r. Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia oferty Orła Budownictwo w związku z brakiem potwierdzenia przez niego spełniania warunku opisanego w pkt 6.1.3 SWZ na dzień upływu terminu składania ofert, który przypadał 9 grudnia 2022 r.
2. Ewentualnie (z ostrożności) Art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie wezwania Orła Budownictwo do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 6.1.3 SWZ na dzień składania ofert oraz nieprzerwanie przez cały okres trwania postępowania, pomimo zaistnienia okoliczności, o której mowa powyżej.
3. Art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem przepisów, o których mowa w poprzednich pkt.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności – odrzucenia oferty Orła Budownictwo jako nieposiadającego na dzień składania ofert wymaganej zdolności finansowej.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

W rozdziale 6 pkt 6.1.3 SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału:
...o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże minimalne poziomy zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj. który wykaże, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł (słownie: cztery miliony złotych 00/100).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek określony powyżej zostanie spełniony jeżeli potwierdzi go co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie albo wykonawcy łącznie wykażą, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej wysokości.

Wykonawca potwierdza spełnianie warunku w pierwszej kolejności poprzez złożenie wraz z ofertą Oświadczenia własnego, o którym mowa w pkt. 7.1 SWZ.

8 grudnia 2022 r. Orzeł Budownictwo złożył wraz z ofertą oświadczenie, że spełnia warunki udziału określone przez Zamawiającego w rozdziale 6 SWZ, w szczególności, że posiada środki finansowe na rachunku w kwocie nie mniejszej niż 4 mln zł.

W toku badania ofert Zamawiający w trybie art. 128 ust. 4 pzp wezwał do wyjaśnień Orła Budownictwo, który według Zamawiającego powyższe oświadczenie złożył na formularzu przewidzianym dla podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi z 13 grudnia 2022 r. Orzeł Budownictwo potwierdził, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego, gdyż posiada na rachunku środki finansowe w kwocie nie mniejszej niż 4 mln zł.

14 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Orła Budownictwo do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. A jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może ich złożyć – innych podmiotowych środków dowodowych, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

19 grudnia 2022 r. Orzeł Budownictwo złożył pismo, w którym zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu dotyczącego przekazania – jak to określił: *podmiotowych środków finansowych* – 23 grudnia 2022 r., co następująco uzasadnił:

Prośbę swą motywujemy tym, iż posiadane środki znajdują się na różnych kontach oraz

część środków pochodzi ze sprzedaży nieruchomości, która miała odbyć się w dniu 19.12.2022 r, jednak ze względu na awarię elektronicznego systemu Ksiąg Wieczystych odbędzie się w dniu 20.12.2022 r. (w załączeniu Oświadczenie Notariusz oraz potwierdzenie awarii elektronicznego systemu Ksiąg Wieczystych). Środki ze sprzedaży nieruchomości znajdują się obecnie w depozycie notarialnym i będą przelane na konto Spółki w dniu jutrzejszym po godzinie 17:00.

W związku z tym istnieje uzasadniona obawa, że nie zostaną zaksięgowane na koncie Spółki w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Dlatego z uwagi na powyższe prosimy o wydłużenie wyznaczonego terminu abyśmy mogli zaksięgować brakującą część środków na naszym koncie oraz uzyskać wymagane zaświadczenie z banku potwierdzające wysokość całej wymaganej przez Zamawiającego kwoty.

Reasumując, Orzeł Budownictwo na dzień składania ofert nie posiadał na swoim rachunku bankowym środków finansowych w wysokości co najmniej 4 mln zł – co sam potwierdził w treści korespondencji z Zamawiającym – pojawiły się one dopiero 21 grudnia 2022 r., a zatem prawie 2 tygodnie po terminie składania ofert.

{okoliczności prawne}

Obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia wynika z treści art. 126 oraz art. 274 ustawy pzp. Według Słownika języka polskiego „aktualny” oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Zatem podmiotowe środki dowodowe powinny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca może poświadczать nieprawdę w oświadczeniu wstępnym o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp, w sytuacji, gdy choć nie spełnia tych warunków na dzień składania ofert, spodziewa się, że nabędzie określone zdolności w toku tego postępowania. Stąd art. 274 ustawy pzp uprawnia zamawiającego do weryfikowania posiadania przez wykonawcę wymaganej zdolności podmiotowej na każdym etapie postępowania. Ustawodawca, zarówno unijny, jak i krajowy odszedł bowiem od zasady, że podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący jedynie na moment przystąpienia do postępowania (moment złożenia oferty lub wniosku).

Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 3 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3628/21: *...czym innym będzie zatem kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które, co nie ulega wątpliwości, winny być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czy jak w tym przypadku w momencie składania oferty, czym innym natomiast kwestia weryfikacji spełnienia deklarowanych warunków. Ten moment zależy z kolei od zamawiającego, który najpierw kieruje do wykonawcy*

odpowiednie wezwanie, wyznaczając mu jednocześnie moment, w którym nastąpi weryfikacja czy deklarowane warunki są spełnione, a co za tym idzie wskazuje, na jaki dzień winny być aktualne dokumenty przez tego wykonawcę składane.

Dlatego jednolicie przyjmuje się – również w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania, począwszy od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert:

- (...) Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy pzp, wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy pzp, obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż odwołujący, na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, złożył umowy zawarte po upływie terminu składania ofert oraz ofertę otrzymaną po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający zasadnie powziął wątpliwości odnośnie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym wystosował do niego wezwanie o uzupełnienie ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku na dzień składania ofert. (...)
[z uzasadnienia wyroku z 11 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3753/21]*
- (...) Należałoby się zastanowić, jaki sens miałyby składanie przez wykonawców w trybie art. 125 ust. 1 ustawy pzp oświadczeń, które nie miałyby pokrycia w rzeczywistości. Stąd przepisu art. 274 ust. 1 ustawy pzp, w którym mowa jest o aktualności podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia, nie należy interpretować zawężająco – jak czyni to Zamawiający – bez uwzględnienia pozostałych regulacji*

zawartych w ustawie pzp. Owszem, podmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień jego złożenia, ale mimochodem również, że stan ten trwa nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert. Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być zatem aktualne na dzień ich złożenia, z tym że za aktualny na gruncie tego przepisu należy uznać podmiotowy środek, który potwierdzać będzie: z jednej strony spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili jego złożenia (co nie było kwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli), a z drugiej strony, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający twierdzi, że nie ma żadnych podstaw prawnych, aby kwestionować na etapie składania ofert prawdziwości oświadczenia składanego przez wykonawcę, dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 125 ust. 1 ustawy pzp. Tymczasem dokonanie weryfikacji w tym zakresie możliwe jest w oparciu o przedłożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, które tak jak w niniejszym przypadku mogą dostarczyć Zamawiającemu informacji świadczących o tym, że na moment złożenia oświadczenia wykonawca, wbrew uprzednim zapewnieniom, nie spełniał postawionego warunku udziału w postępowaniu.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z 17 stycznia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

Zdolność finansowa czy ekonomiczna nie opiera się wyłącznie na środkach finansowych zgromadzonych na rachunkach bankowych. Jak wynika z przedłożonego przez Orła Budownictwo bilansu sporządzonego na 9 grudnia 2022 r. (dzień składania ofert), posiadał on środki pieniężne w kasie i na rachunkach bieżących w kwocie 4.012.854,12 zł. Tym samym na dzień składania ofert posiadał wymaganą przez Zamawiającego zdolność finansową.

Ponieważ nie wszystkie środki finansowe w wymaganej przez Zamawiającego wysokości zostały zgromadzone na rachunkach bankowych, Orzeł Budownictwo podjął czynności mające na celu uzyskanie informacji z banku potwierdzającej posiadanie środków finansowych w wysokości wymaganej treścią warunku udziału w postępowaniu. Jednakże z powodu niezależnych od niego trudności technicznych nie doszło do zawarcia umowy

sprzedaży nieruchomości i zaksięgowania kwoty uzyskanej z tego tytułu na rachunku bankowym Orła Budownictwo, dlatego też środki te zostały wpłacone do depozytu notarialnego, co zostało potwierdzone oświadczeniem notariusza.

Zgodnie z art. 108 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1799) notariusz w związku z dokonywaną w jego kancelarii czynnością ma prawo przyjąć na przechowanie, w celu wydania ich osobie wskazanej przy złożeniu lub jej następcy prawnemu, papiery wartościowe albo pieniądze w walucie polskiej lub obcej. Dla udokumentowania tych czynności notariusz prowadzi specjalne konto bankowe. Z przyjęcia depozytu notariusz spisuje protokół, w którym wymienia datę przyjęcia, ustala tożsamość osoby składającej, datę mającego nastąpić wydania oraz imię, nazwisko i miejsce zamieszkania osoby odbierającej depozyt. Wydanie depozytu następuje za pokwitowaniem. Jak wynika z powyższych uregulowań, podmiotem uprawnionym do uzyskania wypłaty środków z depozytu notarialnego był wyłącznie Orzeł Budownictwo.

W ocenie Zamawiającego zaistniała okoliczność stanowiła uzasadnioną przyczynę uniemożliwiającą złożenie wymaganych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, co uprawniałoby Orła Budownictwo do złożenia innych podmiotowych środków dowodowych, które w wystarczający sposób potwierdziłyby spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, w toku postępowania Orzeł Budownictwo w pierw złożył oświadczenie wstępne, w którym potwierdził posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 4 mln zł, a następnie 21 grudnia 2022 r. przedłożył potwierdzenie salda na rachunku bankowym w PKO Banku Polskim S.A .Oddział nr I w Bełchatowie w wysokości 4.046.616,66 zł. Spełnił więc warunek w zakresie posiadania zdolności finansowej w żądanym przez Zamawiającego zakresie.

Żaden przepis ustawy pzp nie pozwala, jak domaga się tego Odwołujący, na wymaganie od wykonawcy przedłożenia podmiotowego środka dowodowego aktualnego na dzień składania ofert oraz nieprzerwanie przez cały okres trwania postępowania.

Przystępujący w piśmie obejmującym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego z 9 stycznia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając takie stanowisko.

Orzeł Budownictwo przez cały dotychczasowy okres trwania postępowania dysponował środkami finansowymi w kwocie co najmniej 4 mln zł, w tym na dzień składania ofert (9 grudnia 2022 r.), gdyż posiadał środki finansowe w kasie oraz na rachunkach bankowych w łącznej wysokości 4.012.854,12 zł. Dowodzi tego załączony do niniejszego pisma bilans Spółki, sporządzony na dzień upływu terminu składania ofert, który obok

złożonego wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego w pkt rozdziale 6 pkt 6.1.3 SWZ warunku udziału. Następnie na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył w tym zakresie stosowny podmiotowy środek dowodowy, aktualny na dzień jego złożenia, zgodnie z treścią art. 128 ust. 2 ustawy pzp.

Niezależnie od powyższego dzięki zaliczeniu środków ze sprzedaży nieruchomości, o której mowa w piśmie z 13 grudnia 2022 r., Spółka chciała uniknąć dokonywania wpłaty pieniędzy z kasy na rachunek bankowy. Z podanej Zamawiającemu w tym piśmie informacji [*Środki ze sprzedaży nieruchomości znajdują się obecnie w depozycie notarialnym i będą przebrane na konto Spółki w dniu jutrzejszym po godzinie 17:00.*] wynika bowiem faktyczne posiadanie przez Orła Budownictwo środków finansowych, które jednak z przyczyn od niego niezależnych nie wpłynęły od razu na jego rachunek bankowy. Jak wskazano w dalszej części pisma, chodziło jedynie o czynność techniczną zaksięgowania środków na rachunku, nie zaś o wejście w ich posiadanie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Chronologicznie Orzeł Budownictwo podjął następujące czynności w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1.3 rozdziału 6 SWZ:

- 1) do oferty, złożonej przed upływem 9 grudnia 2022 r. terminu składania ofert, załączył, sporządzone na druku formularza załącznika nr 2 do SWZ, oświadczenie z 8 grudnia 2022 r. o spełnianiu wszystkich warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale 6 SWZ;
- 2) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13 grudnia 2022 r. do wyjaśnienia jego wątpliwości co do samodzielnego czy w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego spełniania tych warunków, w piśmie z 13 grudnia 2022 r. oświadczył, że samodzielnie spełnia te warunki, w tym posiada na rachunku środki finansowe w kwocie nie mniejszej niż 4 mln zł;
- 3) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14 grudnia 2022 r. do złożenia w terminie do 20 grudnia 2022 r. podmiotowych środków dowodowych m.in. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w piśmie z 19 grudnia 2022 r. zwrócił się o wydłużenie tego terminu do 23 grudnia 2022 r., właśnie w odniesieniu do wykazania wymaganej zdolności finansowej, motywując to, po pierwsze – rozproszeniem środków finansowych na różnych rachunkach bankowych, po drugie – niedościem do skutku 19 grudnia 2022 r. sprzedaży nieruchomości (co potwierdził dodatkowo załączonym oświadczeniem notariusza z tej daty), z której to transakcji miała pochodzić część środków finansowych na potrzeby wykazania spełniania tego warunku;
- 4) 21 grudnia 2022 r., przed upływem przedłużonego przez Zamawiającego terminu, złożył potwierdzenie, wygenerowane z systemu informatycznego PKO Banku Polskiego S.A. z siedzibą w Warszawie, że w tej dacie o godz. 11:57 saldo posiadanego przez niego rachunku, prowadzonego przez Oddział 1 w Bełchatowie tego banku, o niespełna 50 tys. zł przekraczało poziom wymagany w treści warunku.

Powyżej podkreślono kluczowe elementy wzajemnie sprzecznych kolejnych oświadczeń Orła Budownictwo. Nie wzbudziła jednak wątpliwości Zamawiającego sytuacja, w której Wykonawca wpieryw spontanicznie oświadcza, że posiada na rachunku bankowym wymaganą kwotę pieniędzy, aby niespełna tydzień później twierdzić, że jednak jej nie posiada, bo jeszcze nie spieniężył nieruchomości, aby uzupełnić środki, które posiada, ale nie na jednym rachunku bankowym.

Natomiast Zamawiający bezkrytycznie w odpowiedzi na odwołanie nie tylko powielił (a nawet rozszerzył) argumentację co do rzekomo wyłącznie technicznego znaczenia faktu pozostawiania do 20 grudnia 2022 r. środków finansowych w depozycie u notariusza. Najwyraźniej umknęło uwadze Zamawiającego, że z art. 158 w zw. z art. 73 § 2 Kodeksu cywilnego wynika, że zarówno dla umowy zobowiązującej, jak i umowy przenoszącej

własność nieruchomości obowiązuje forma aktu notarialnego, zastrzeżona pod rygorem nieważności. Co więcej, jeżeli nie doszło jeszcze do sprzedaży nieruchomości, jej dotychczasowy właściciel nie może twierdzić, że do niego należą środki finansowe, które ma otrzymać od nabywcy z tytułu zapłaty ceny.

Reasumując, Orzeł Budownictwo nie spełnia określonego w pkt 6.1.3 rozdziału 6 SWZ warunku udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia – wymagającego znajdowania się przez wykonawcę w takiej sytuacji finansowej, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 4 mln zł – gdyż w sposób wymagany zgodnie z pkt 7.4.2) lit. b) rozdziału 7 SWZ, czyli za pomocą informacji z banku, co prawda potwierdził posiadanie środków finansowych w tej wysokości, ale znalazły się one na jego rachunku bankowym dopiero 21 grudnia 2022 r., czyli półtora tygodnia po 9 grudnia 2022 r., kiedy upłynął termin składania ofert.

Bez znaczenia dla sprawy jest załączone do zgłoszenia przystąpienia z 9 stycznia 2023 r., (najprawdopodobniej anty-) datowane na 9 grudnia 2022 r. oświadczenie Przystępującego zatytułowane „Bilans”, w którego treści podał, że tego dnia w kasie i na rachunkach bankowych posiadał łącznie środki pieniężne w kwocie wyższej niż 4 mln zł.

Dokument ten, jako pochodzący od zainteresowanego w sprawie, a nie wystawiony przez niezależny i budzący zaufanie podmiot zewnętrzny (jak to jest w przypadku informacji z banku), i złożony dopiero w reakcji na wniesione odwołanie (co wskazuje, że został sporządzony *ad hoc* na potrzeby postępowania odwoławczego) jest niewiarygodny.

Również z tego względu, że ów „bilans” został sporządzony bez elementarnej dbałości o spójność chociażby z jednym spośród uprzednio składanych Zamawiającemu przez Orła Budownictwo oświadczeń – co trafnie wychwycił Odwołujący na rozprawie – gdyż w ramach rzeczowych środków trwałych nie ujęto własności nieruchomości, choć ta miała zostać sprzedana dopiero 19 grudnia 2022 r., a faktycznie nastąpiło to następnego dnia. Odwołujący najwyraźniej zapomniał również, że jeszcze 13 grudnia 2022 r. twierdził, że ma na jednym rachunku bankowym co najmniej 4 mln zł.

Niezależnie od powyższego to nie dysponowanie gotówką w kasie, a środkami finansowymi na rachunkach prowadzonych przez bank lub SKOK jest przewidziane w przepisach dotyczących zamówień publicznych jako sposób wykazania warunku dotyczącego zdolności finansowej, gdyż pozwala zamawiającym na zobiektywizowaną i rzetelną weryfikację jego spełniania, a także nie jest podatny na ewentualne manipulacje ze strony wykonawców.

Ubocznie należy wskazać, że w aktualnej sytuacji gospodarczej, w szczególności wobec galopującej, kilkunastoprocentowej inflacji w skali roku, deklarowanie przez

Przystępującego jako przedsiębiorcę prowadzenia polityki unikania trzymania pieniędzy w banku dla uniknięcia ponoszenia opłat za czynności bankowe, wydaje się tym bardziej dziwne, im bardziej rośnie w ślad za inflacją oprocentowanie oferowane przez banki – trudno sobie wyobrazić, aby odsetki od kwot idących w miliony zł, przy oprocentowaniu przekraczającym obecnie nierzadko 5% w skali roku, nie pokrywały z nawiązką tych kosztów.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp wynika, że zamawiający może określić w ramach warunków udziału w postępowaniu niezbędną do realizacji zamówienia zdolność finansową, polegającą na posiadaniu przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych na określonym poziomie.

Art. 273 ust. 2 ustawy pzp stanowi w odniesieniu do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne {dalej: „postępowania podprogowe”}, prowadzonych w trybie podstawowym, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy pzp (czyli m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu), wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Z kolei art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp uprawnia zamawiającego w postępowaniach podprogowych do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) – w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę takiego warunku udziału zamawiający może w szczególności żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Przy czym z § 8 ust. 2 tego rozporządzenia wynika, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć tak określonego przez zamawiającego podmiotowego środka dowodowego, wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Jak to powyżej ustalono, powyższe przepisy znalazły takie odzwierciedlenie w postanowieniach SWZ, że Zamawiający określił zarówno, na jakim poziomie wymaga zdolności kredytowej lub posiadania środków finansowych od wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, jak i informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej o wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności

kredytowej jako wymagany, co do zasady (z wyjątkiem sytuacji, o której mowa w § 8 ust. 2 powyższego rozporządzenia) sposób wykazania znajdowania się przez wykonawcę w wymaganej w tym postępowaniu sytuacji finansowej.

W art. 274 ustawy pzp uregulowano sposób, w jaki zamawiający w postępowaniach podprogowych przeprowadza badanie w celu ustalenia, czy wykonawcy spełniają obowiązujące w danym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu. Co do zasady zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia (co wynika z ust. 1 tego art.).

Niezależnie od tego:

- jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia (co wynika z art. 274 ust. 2);
- jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia. (co wynika z art. 274 ust. 3).

Wreszcie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodołania temu formalnemu obowiązkowi, wykonawcę należy uznać za niespełniającego tych warunków.

Z całokształtu powyżej przywołanej regulacji wynika, że aktualność oświadczeń i środków dowodowych składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy badać z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Stąd wymagana aktualność – zarówno oświadczeń składanych wraz z ofertą, jak i środków dowodowych składanych na dalszym etapie – nie tyle odnosi się do konkretnego punktu na osi czasu, ale do całego okresu prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia. Jego punktem początkowym jest upływ terminu składania ofert, a punktem końcowym zawarcie umowy w sprawie zamówienia. Innymi słowy *de lege lata* wykonawca ma spełniać warunki udziału w postępowaniu nie tylko na moment składania oferty, ale utrzymywać ten stan w toku postępowania, co w konsekwencji obliguje go do składania na każde wezwanie zamawiającego stosownych środków dowodowych. Taką wykładnię należy uznać

za utrwaloną w doktrynie i orzecznictwie, o czym świadczą adekwatnie przywołane w ramach uzasadnienia odwołania fragmenty uzasadnień wyroków Izby.

Z kolei zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia na każdym etapie postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że wbrew złożonemu oświadczeniu wstępnemu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub pomimo złożenia środka dowodowego potwierdzającego ich spełnienie na dany moment, wykonawca nie spełniał tych warunków w sposób ciągły, poczynawszy od upływu terminu składania ofert.

Taka sytuacja – jak wynika z powyżej poczynionych ustaleń – wystąpiła w tej sprawie, okazało się, złożone wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunku dotyczącego zdolności finansowej nie odzwierciedla rzeczywistego stanu rzeczy, gdyż Przystępujący znalazł się w wymaganej treści tego warunku sytuacji finansowej dopiero po wezwaniu go przez Zamawiającego do udowodnienia tej okoliczności.

Jednocześnie skoro wiadomym jest, że wymaganą zdolność finansową Przystępujący uzyskał już po upływie terminu składania ofert, nie może znaleźć zastosowania procedura, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Taka sytuacja nie mieści się bowiem w hipotezie normy wynikającej z tego przepisu. Złożona przez Przystępującego informacja z banku nie jest ani niekompletna, ani błędna, a jedynie potwierdza wyłącznie stan rzeczy istniejący od chwili jej wystawienia.

Z kolei złożone wraz z ofertą oświadczenie Przystępującego w zakresie odnoszącym się do tego warunku okazało się po prostu nieprawdziwe. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę dokumentu lub oświadczenia o nieprawdziwej treści ma charakter ostateczny i nie może zostać konwalidowane w trybie art. 128 ustawy pzp. Jeżeli oświadczenie lub dokument zawiera nieprawdziwe informacje, nie można jednocześnie twierdzić, że zawierają one błędy lub są niekompletne co do braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle informacja ta okazuje się nieprawdziwa, a nie niepełna.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono – w pkt 2. sentencji

Sygn. akt KIO 39/23

– stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.