



Kraków, dnia 6 czerwca 2024r.

Adresaci:

- 1. Firma Usługowa „EL-MAG” Magdalena Mysona, ul. Do Huty 17, 33-100 Tarnów**
- 2. WZD POLSKA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Gromadzka 24B, 30-714 Kraków**
- 3. Zakład Elektroinstalacyjny Artur Maślanka, ul. Różana 14, 32-053 Wola Radziszowska**

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.21.24.JN, którego przedmiotem było wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych z wykonaniem oświetlenia parkowego dla zadania pn.: „Zagospodarowanie terenu wokół Stawu Płaszowskiego”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

**Zawiadomienie
o unieważnieniu postępowania**

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję wynikającą z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, ponieważ cena oferty z potencjalnie najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Zamawiający wskazuje, iż na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 239 668,49 zł brutto.

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 2 oferty niepodlegające odrzuceniu oferujące przedmiot zamówienia za cenę odpowiednio:
1. Firma Usługowa „EL-MAG” Magdalena Mysona, ul. Do Huty 17, 33-100 Tarnów, cena brutto: 251.391,00 zł,
3. Zakład Elektroinstalacyjny Artur Maślanka, ul. Różana 14, 32-053 Wola Radziszowska, cena brutto: 260.000,00 zł.

Kwoty złożonych ofert przewyższają kwotę, jaką Zamawiający może i zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Celem takiego uregulowania jest ochrona Zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy w przypadku braku środków finansowych. Co do zasady przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp odnieść należy do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

udostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Decyzja o zwiększeniu kwoty udostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania jest oparta na swobodnym uznaniu Zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie Zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przypadku, gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzania wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji ceny lub koszty określone we wszystkich złożonych ofertach nie mieszczą się w limicie ustalonym przez Zamawiającego. Hołdując racjonalności, przesłanka ta zakłada unieważnienie postępowania bez konieczności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy od początku wiadomo, że cena żadnej oferty nie zmieści się w ustalonym limicie, a Zamawiający tego limitu nie zmieni. Sformułowanie przepisu („Zamawiający unieważnia”) prowadzi do wniosku, że ustawowy przymus unieważnienia postępowania zachodzi od razu, gdy tylko okaże się, że zachodzi jedna z dwóch alternatywnych przesłanek, a Zamawiający nie może lub nie chce zwiększyć kwoty pokrycia finansowego.

Zamawiający podejmując decyzję o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie nakazuje Zamawiającemu dokonywać prób zwiększenia kwoty, którą mógłby przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wprost przeciwnie koniec tego przepisu w wyrażeniu „chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, mówi o wyjątku, którego nie można interpretować rozszerzająco, aż do ustanawiania reguły, że w każdym przypadku Zamawiający powinien podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak aby obowiązkowo dokonać wyboru. Możliwość zwiększenia budżetu warunkowana jest z pewnością wieloma czynnikami, a Wykonawca nie ma prawnych możliwości domagać się zwiększenia budżetu, ponieważ takie zachowanie w pewnych przypadkach mogłoby narazić Zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami publicznymi (wyrok KIO z dnia 24.05.2012r. sygn. akt KIO 964/12 – wyrok aktualny w bieżącym stanie prawnym).

Stanowisko Zamawiającego potwierdza liczne orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym, przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2009r., sygn. akt KIO/UZO 281/09, w którym czytamy, że: „(...) Reasumując Izba postanowiła oddalić odwołanie, ponieważ w przedmiotowej sprawie uznała, że wystąpiły przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazujące Zamawiającemu unieważnienie postępowania, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W praktyce

zamówień publicznych, na podstawie różnic w sformułowaniach odnoszących się do kwot finansowania zamówienia, w wyżej zacytowanych przepisach artykułów 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, dopuszcza się możliwość zwiększania kwot na zamówienia przez zamawiających po otwarciu ofert. W ocenie Izby przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie nakłada na zamawiających takiego obowiązku, a jedynie daje im takie prawo, w zależności od oceny przez nich swojej sytuacji finansowej (...).”

Takie samo stanowisko można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2011r. (KIO 1206/11), w którym orzeczono, że „Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, należy traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu, wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu przez niego określonych wymogów i przesłanek. Przyrzeczenie to ma jednak charakter warunkowy uzależniony od tego czy wielkość kwoty wynikająca z oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną jest niższa lub co najwyżej równa kwocie którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert, Zamawiający nie może unieważnić postępowania z powodu braku środków. Obowiązek podania tej kwoty ma zapobiegać sytuacjom, w których zamawiający mógłby unieważniać z przyczyn tylko jemu wiadomych, pod pretekstem braku środków finansowych (...) Odnośnie podnoszonego przez odwołującego zarzutu odwołania dotyczącego nie wykazania przez Zamawiającego, że może on przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie kwoty podane przed otwarciem ofert. To Izba stwierdza, że jest to główny zarzut odwołania i zdaniem Izby brak jest podstaw na jego uwzględnienie. Zarzut odwołania opierał się na błędnej przesłance, że Zamawiający miał możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, a co najmniej, że nie udowodnił iż takiej możliwości nie posiadał. Na wstępie Izba zaznacza, że z przepisów ustawy p.z.p. nie wynika, że Zamawiający przed unieważnieniem postępowania w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. jest zobowiązany do podjęcia starań celem uzyskania dla realizacji zamówienia, większych środków niż te które wskazał kwotowo bezpośrednio przed Otwarcieniem ofert. Za wyrokiem KIO/UZP 281/09 Izba potwierdza, że Odwołujący nie ma skutecznego prawa domagania się zwiększenia środków finansowych na przedmiotowe zamówienie, a tym samym brak jest podstaw do przeprowadzania w tym zakresie postępowania dowodowego, na okoliczność czy Zamawiający posiada wolne środki finansowe, które powinien przeznaczyć na objęte przedmiotem sporu zamówienie. Tylko od decyzji Zamawiającego zależy czy może przeznaczyć większe środki finansowe niż podane na otwarciu ofert. Możliwość zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia jest zawsze suwerennym prawem Zamawiającego, a jego decyzja w tym zakresie jest poza kognicją Izby. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający winien unieważnić postępowanie, (wyrok KIO/UZP/107/08). Ochrona wykonawców w tym zakresie działa tylko w jedną stronę, co oznacza że nie można unieważnić postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest niższa lub równa kwocie podanej na otwarciu ofert zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Poza kompetencją Izby jest również możliwość badania sytuacji finansowej Zamawiającego w zakresie możliwości zwiększenia kwoty podanej przez Zamawiającego na otwarciu ofert.”

Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.05.2015r. (KIO 961/15), Izba wyraziła pogląd, że „Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Spór pomiędzy stronami dotyczył interpretacji powyższej regulacji. Izba podziela w całości stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Wskazać należy po pierwsze, że w niniejszej sprawie ceny zaofertowane przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty na realizację zamówienia przewyższają kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Okoliczności ta była bezsporna pomiędzy stronami. Odwołujący podnosił natomiast, że Zamawiający dysponuje dodatkowymi środkami na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji unieważnienie postępowania było niedopuszczalne. Wskazał ponadto, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia rażąco odbiegała od wartości rynkowej zamówienia. Oba twierdzenia uznać należy za nietrafnie, a co więcej nieudowodnione, zaś zaprezentowana przez Odwołującego interpretacja art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. statuuje obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, jeżeli nie może on zwiększyć środków finansowych na realizację zamówienia. Obowiązek ten odpada jedynie wówczas, gdy zamawiający może w ramach swoich możliwości finansowych zwiększyć kwotę, którą uprzednio zagwarantował na to konkretne zamówienie, a ocenę tych możliwości należy przypisać zamawiającemu. Jedynie bowiem zamawiający jest w stanie (będąc za to odpowiedzialnym), znając całość zaplanowanych przez siebie zadań i stan ich realizacji, zweryfikować możliwy do udźwignięcia poziom środków finansowych (zwiększenie środków finansowych) pozwalających na realizację konkretnego zamówienia, zaś ingerencja Odwołującego ponad kwotę zagwarantowaną (podaną jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) w skrajnym przypadku doprowadziłaby do bezprawnego zastępowania Zamawiającego w realizacji jego ustawowych zadań bez przejęcia przez podmiot ingerujący odpowiedzialności za zadania i budżet Zamawiającego. Konstrukcja i treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. - według oceny Izby - nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. W konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywania wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Tym samym żądanie Odwołującego, aby Zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, iż nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy P.z.p. W ocenie Izby z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałaby na zobowiązanie Zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To Zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzut. Stanowisko Izby potwierdza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się sam

Odwołujący. W opinii tej wskazano, że zwiększenie przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia możliwe jest w przypadku, gdy Zamawiający uzna, że zwiększenie tej kwoty jest uzasadnione i celowe. Z opinii tej jednoznacznie wynika więc, że ocena, czy zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest celowe i uzasadnione, w całości należy do Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający ma obowiązek zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, jeśli są one w jego dyspozycji. Takie zwiększenie środków musi być celowe i zasadne, zaś ocena tych elementów należy do Zamawiającego.”.

Dodatkowo potwierdzenie można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.07.2018r. (KIO 1240/18), w którym stwierdzono, że „Wobec powyższego, za niezasadne Izba uznała zarzuty kierowane przez odwołującego do zamawiającego w zakresie naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania podniósł także argumentację, zgodnie z którą zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nie zawierało żadnego dodatkowego uzasadnienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wskazać w zawiadomieniu konkretne okoliczności, które uniemożliwiają mu zwiększenie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zdaniem Izby, już samo ustalenie, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi wystarczające uzasadnienie decyzji zamawiającego. Jak wskazano powyżej, nie jest konieczne dodatkowe wykazywanie możliwości finansowych, a także brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej dla uznania twierdzeń odwołującego za uzasadnione. W ocenie Izby, nie jest także uprawnione stanowisko odwołującego, zgodnie z którym jeżeli w innych zadaniach zamawiający zwiększał środki, również w niniejszym zadaniu powinien je zwiększyć.”.

Ponadto Zamawiający informuje, iż odrzucił z postępowania ofertę nr 2, tj. Firmę WZD POLSKA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Gromadzka 24B, 30-714 Kraków, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2, lit. b) i c) ustawy Pzp.

Zamawiający działając na podstawie wyżej przywołanych podstaw odrzucił ofertę Wykonawcy, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznać należy, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, tj. polisy OC. Ponadto spełniona również została w przypadku wskazanego Wykonawcy przesłanka wykluczenia wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia odrzuca się Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Zamawiający zaznacza, iż w dniu 7 maja 2024r. wezwał Wykonawcę, jako teoretycznie najkorzystniejszą ofertę, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym ważnej na dzień składania ofert polisy ubezpieczeniowej OC. Zamawiający po analizie treści dokumentu stwierdził, iż wymagana polisa OC jest ważna od dnia 14 maja 2024r. do dnia 13 maja 2025r., tym samym polisa ta nie może stanowić dowodu, że na dzień składania oferty, tj. na dzień 6 maja 2024r., i zawartego w niej oświadczenia, iż Wykonawca w ramach ubezpieczenia z tytułu

zawodowego był ubezpieczony, a w konsekwencji nie można uznać za prawidłowe wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego pismem z dnia 16 maja 2024r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzający fakt obowiązywania ubezpieczenia w dacie składania ofert, celem jednoznacznego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 16 maja 2024r. złożył polisę ubezpieczeniową OC podmiotu udostępniającego mu zasoby na którego się powoływał w oświadczeniu, tj. Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „WŁOMEX” Zygmunt Włodarczyk w zakresie wiedzy i doświadczenie oraz zdolności finansowych. Polisa ta jednak nie obejmuje ubezpieczeniem podmiotu składającego ofertę, tj. WZD POLSKA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Gromadzka 24B, 30-714 Kraków.

Zamawiający wskazuje, iż wyraźnie wymagał polisy aktualnej na dzień składania ofert, a Wykonawca zobowiązany był, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przekazać dokument potwierdzający fakt obowiązywania ubezpieczenia w dacie składania ofert.

W ocenie Zamawiającego na dzień składania ofert Wykonawca nie posiadał ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, tak więc jego oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp nie odpowiadało stanowi faktycznemu. Jednocześnie sytuacji tej nie mogło już zmienić wykupienie polisy ubezpieczeniowej i opłacenie składki. Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż w odniesieniu do sytuacji finansowej Zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia, w szczególności może wymagać posiadania przez Wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Ustawodawca wskazał, że terminem na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, co materializuje się poprzez złożenie przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Stanowi ono dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Następnie Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Ciąg powyższych zdarzeń świadczy o tym, że Wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo WZD POLSKA Sp. z o.o., Sp. k. podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu przez cały okres uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu. Zamawiający wskazuje, iż kwestie aktualności podmiotowych środków dowodowych objaśnia i potwierdza liczne orzecznictwo KIO zapadłe w tym zakresie. W wyroku z dnia 23 maja 2022 r. sygnatura akt KIO 1200/22 wskazuje się m.in., że „W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 13 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wskazać należy, że: „Data wystawienia dokumentu

może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treści owej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje.”

Ponadto Izba podtrzymuje stanowisko zaprezentowane wcześniej w wyroku z dnia 3 lipca 2020r., sygn. akt KIO 905/20, gdzie wskazano, że „Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, co oznacza, że już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Składane oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia, ale muszą także potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na Zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie terażniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym. (...) Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.”

W ocenie Zamawiającego działania Wykonawcy WZD POLSKA Sp. z o.o., Sp. k. wskazują co najmniej na jego lekkomyślność lub niedbalstwo, gdyż przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mający istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Można by nawet uznać, iż mają charakter świadomy i zamierzony, gdyż wie on, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenia, potwierdzające spełnianie warunków opisanych przez Zamawiającego w SWZ. Działanie to można określić jako rażące niedbalstwo, które w doktrynie prawa cywilnego ma postać winy nieumyślnej, która przejawia się tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że

go nie uniknie. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością dokładnością w działaniu itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność nakłada na wykonawcę, składającego ofertę wraz z oświadczeniami we własnym imieniu aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Tym samym Wykonawca oświadczył nieprawdę w złożonym formularzu ofertowym potwierdzając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a ta czynność wypełniła przesłankę wykluczenia Wykonawcy opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.

Powyższe okoliczności faktycznie odpowiadają orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku o sygn. akt KIO 706/11 z dnia 14 kwietnia 2011r., który mimo, iż oparty jest na poprzednio obowiązującym stanie prawnym ustawy, niemniej jest w pełni adekwatny w niniejszym przypadku: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym oraz zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających” oraz, iż „złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, jest działaniem, które co do zasady, należy uznać za zawinione.”.

Zamawiający wskazuje również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdza zasadność wykluczenia Wykonawcy w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 28.09.2009r., sygn. akt KIO 1161/09 podkreślono, że „(...) W przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia” jak również, że „przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy.”.

Ponadto, wyrok KIO 61/12 z dnia 19 stycznia 2012 r. wskazuje, że „Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości”, jak również „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p.”. Wyrok ten zwraca także uwagę na to, iż „złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa”. Zgodnie z tym samym orzeczeniem „wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że

informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością, w sposób nie budzący wątpliwości. Pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli.”

Wyrok Izby z dnia 29.10.2018r., sygn. akt KIO 2057/18, wskazuje natomiast, że „zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że działanie takie nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może to być również działanie nieumyślne tzn. niedbałe. Jednocześnie należy je oceniać w kontekście wymaganej od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych podwyższonej staranności z uwagi na zawodowy charakter tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Jak wynika z orzecznictwa, omawiana przesłanka wykluczenia znajduje również zastosowanie do sytuacji, w których Zamawiający w SIWZ przewidział inne konsekwencje niewypełnienia określonych wymagań np. odrzucenia oferty.”

Podobnie wyrok KIO 118/18 z dnia 13.02.2018r., który podkreśla, że „(...) przepis art. 24 p.z.p. ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji.”

Stanowisko Zamawiającego potwierdza także KIO 3284/21 z dnia 24 listopada 2020 roku wskazuje iż, „(...) w przypadku podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p. pierwszą konieczną przesłanką jest zaistnienie sytuacji przedstawienia zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji. Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. z 2004 r., nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia "prawdy" lub "nieprawdy" w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Również wyrok KIO 261/23 dnia 20 lutego 2023 roku podkreśla, „(...) Analiza treści art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. wskazuje, że wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania Zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaliczyć należy informacje stanowiące podstawę oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert, decydujące o pozycji wykonawców w rankingu ofert.”

Podobnie jak wyrok 373/23 z dnia 24 lutego 2023 roku, który wyraźnie świadczy, że „Dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. "wprowadził w błąd" wskazuje na formę dokonaną. Tym samym podstawą wykluczenia wykonawcy nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących w tym przypadku: spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Co

więcej, przedstawienie tych informacji musi mieć wpływ (choćby potencjalny) na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, przy czym w przepisie mowa o "istotnym" a nie jakimkolwiek wpływie."

Zamawiający zaznacza, że w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli 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 publicznego.

Powyższa kwestia została także poruszona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18.11.2021r. (sygn. akt KIO 3221/21), gdzie orzeczono, iż "Argumentacja odwołującego dotycząca aktualności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie znajduje w rozpoznawanej sprawie zastosowania. Podkreślić należy, że p.z.p. w art. 126 p.z.p. i 128 ust. 2 p.z.p. wymaga od wykonawcy przedłożenia dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia. Aktualność tę należy rozumieć jako potwierdzenie stanu faktycznego istniejącego w dniu złożenia dokumentu, nie zaś w okresie wcześniejszym. Przyjęcie innej argumentacji w niniejszej sprawie nie może się ostać. Przyznanie, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą spełniać warunku udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym na składanie ofert, natomiast mogą brak ten później usunąć przez swego rodzaju "konwalidację", byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 p.z.p., naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż w do postępowań zgłaszałyby udział podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - niedające gwarancji należytego wykonania umowy. Wymóg faktycznego spełniania warunków na dzień składania ofert wynika też z faktu dużego sformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególnie regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców. Tym samym zamawiający zasadnie ustalił, że w dniu wyznaczonym na składanie ofert odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 3.000.000 zł i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c p.z.p., jako wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (lit. b) oraz takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (lit. c)."

Analogiczne stanowisko Izba wyraziła również w wyroku z dnia 13 grudnia 2021r. (sygn. akt KIO 3477/21). Izba podkreśliła, że: „pomimo, iż oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art.

126 ust. 1 Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą.”

Dlatego też, Zamawiający stwierdza, iż analiza stanu faktycznego i prawnego oraz materiałów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania dowodzi, że bezsprzecznie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy na podstawie powołanego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe oraz stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, decyzja podjęta przez Zamawiającego jest w pełni uzasadniona. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania.

W konsekwencji orzeczono jak na wstępie.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.