

Sygn. akt: KIO/KU 15/22

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 26 kwietnia 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 kwietnia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Gminę Gromnik z siedzibą w Gromniku, dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 25 marca 2022 r. (znak sprawy KU/17/22/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych do produkcji energii elektrycznej w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych w ramach projektu „Ekopartnerzy na rzecz słonecznej energii Małopolski”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego Gminy Gromnik z siedzibą w Gromniku do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 marca 2022 r. zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP”, „Instytucja kontrolująca” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art 124 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”) w związku z par. 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), polegające na żądaniu w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej oraz naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, polegające na braku zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą wyznaczonego przez Zamawiającego w SWZ.

Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

Odnosnie naruszenia art 124 ust. 1 w związku z par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia Kontrolujący ustalił, że zgodnie z treścią pkt 8.3.2 SWZ wykonawca na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia zobowiązany był przedłożyć na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, określone w par. 2 ust. 1 pkt 1 lit. a), b), pkt 2—3 i 7 lit. a) — d) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), tj.: 1) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie: a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp; b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem

środka karnego, - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem; 2) oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej — wg załącznika nr 5 do SWZ; 3) oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 8.1. SWZ, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, - wg załącznika Nr 6 do SWZ; 4) informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Ponadto wskazał, że w pkt 9.9. SWZ Zamawiający w przypadku polegania przez wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy pzp, żądał przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów określonych w pkt 8.3.2. SWZ, tj. dokumentów wymienionych w par. 2 ust. 1 pkt 1 lit. a), b), pkt 2—3 i 7 lit. a) — d) ww. Rozporządzenia.

Kontrolujący zauważył, że Zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu przedstawienia m.in. dokumentu określonego w par 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 ustawy pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji

podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. W ocenie Kontrolującego powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, bowiem stosownie do treści par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w par. 2 ust. 1 pkt 1 i 3—7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, iż jego zakres w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w par. 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

W konsekwencji Kontrolujący stwierdził, że żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy pzp w zw. z par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Przechodząc do naruszenia art. 98 ust. 1 ustawy pzp Kontrolujący ustalił, że w treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (po zmianach), Zamawiający określił, że termin związania ofertą upływa w dniu 1 grudnia 2021 r. Zgodnie z treścią przekazanej dokumentacji postępowania, pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. przedłużył termin związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do dnia 31 stycznia 2022 r. Jednocześnie przedłożył w załączeniu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium o numerze 3939/W/08/2021, 3940/W/08/2021, 3942/W/08/2021 (dla części 1, 2 i 3 zamówienia). Kontrolujący zauważył, że Zamawiający nie zwrócił wadium ww. wykonawcy w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, tj. od dnia 1 grudnia 2021 r. W dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający w trybie art. 98 ust. 4 ustawy pzp zwrócił wadia wniesione w pieniądzu następującym wykonawcom: FG Energy Sp. z o.o. Sp. K. oraz Hymon Fotowoltaika Sp. z o.o. Pismami z dnia 6 grudnia 2021 r. Zamawiający w trybie art. 98 ust. 5

ustawy pzp zwrócił wadnia złożone w formie (GWARANCJI) następującym wykonawcom: PRO-ECO sp. z.o.o. oraz SolarSpot sp. z o. o. W związku z powyższym, Prezes Urzędu pismem z dnia 8 marca 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający dokonał zwrotu wadium na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, tj. z powodu upływu terminu związania ofertą w dniu 1 grudnia 2021 r. wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi zgodnie z poniższym: „Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zamawiający nie zwrócił wadium Wykonawcy: FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. K, gdyż gwarancja wygasła w tym terminie (7 dni). Złożenie oświadczenia gwarantowi o zwolnieniu gwarancji, która wygasła byłoby bezpodstawne”.

Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zwrot wadium w powyższym przypadku nie wymaga żadnego działania ze strony wykonawcy i powinien nastąpić w terminie określonym w powyższym przepisie. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, Zamawiający zwraca wadium przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

W związku z powyższym, z uwagi iż przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, przyjęc w ocenie Kontrolującego należało, iż brak zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą wyznaczonego przez Zamawiającego w SWZ, stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy pzp. Kontrolujący stwierdził, iż naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 617 ustawy pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający przeprowadzonej kontroli zarzucił niepełną i tym samym wadliwą wykładnię przepisów ustawy pzp w odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem kontroli i w konsekwencji wadliwą ocenę zachowania Zamawiającego.

W odniesieniu do naruszenia art. 124 ust. 1 ustawy pzp w zw. z par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia Zamawiający zauważył, że przesłanki wykluczenia wskazane w art. 108 ustawy pzp mają charakter obligatoryjny, a więc nie mogą być przedmiotem zawężającego zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Innymi słowy zamawiający nie ma możliwości ograniczenia zakresu badania przesłanek tam wskazanych wobec któregokolwiek z podmiotów, które badaniu takiemu zgodnie z ustawą powinny podlegać (wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby). Zgodnie z art. 119 ustawy pzp zamawiający bada, czy nie zachodzą

wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Użycie przez ustawodawcę słowa „bada” oznacza, że jest to ustawowy obowiązek zamawiającego. W żadnym przepisie ustawy pzp nie wyłączono przesłanki ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp (w całości lub w części) z zakresu weryfikacji objętej treścią art. 119 ustawy pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że podejście ustawodawcy wyrażone w treści art. 119 ustawy pzp jest spójne z treścią art. 63 ust. 1 dyrektywy klasycznej: *„Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art 57”*. Powyższe zostało pokreślone także w doktrynie *„podmiot trzeci, który udostępnia zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, podlega weryfikacji przez zamawiającego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania. Zastosowanie znajdują więc zawsze przesłanki obligatoryjne wykluczenia oraz te przesłanki fakultatywne, które zostały wskazane przez zamawiającego. Zamawiający nie ma uprawnienia do kształtowania inaczej zakresu wykluczenia w odniesieniu do wykonawcy, a inaczej w odniesieniu do podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby temu wykonawcy”* (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 119). Zawarta w komentowanym przepisie art. 119 ustawy PZP reguła kierowania się takim samym zakresem badania podstaw wykluczenia przy ocenie podmiotu trzeciego znajduje swoje źródło m.in. w motywie 84 dyrektywy 2014/24/ UE. Podkreślono w nim, iż *„należy wyraźnie określić, że jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przedstawiać stosowne informacje w odniesieniu do podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, tak by weryfikacja informacji dotyczących takich podmiotów mogła zostać przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach”*. Zamawiający podniósł dalej, że zasadę zgodnie z którą zakres badania podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby jest identyczny z zakresem badania podstaw wykluczenia wykonawcy potwierdza treść art. 125 ust. 5 ustawy pzp *„wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby”*. Analiza treści rozporządzenia wykonawczego Komisji Europejskiej (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wskazuje, że nie przewidziano w nim żadnych odmiennych reguł dla wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wypełnienia Części III sekcji C o treści *„czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”*. W efekcie sekcja ta powinna być wypełniona w sposób jednoznaczny (odpowieź TAK lub NIE) przez oba ww. rodzaje podmiotów (wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby).

Zamawiający zauważył, że wszystkie ww. regulacje są spójne i ich gramatyczna wykładnia prowadzi do następujących wniosków:

a) przesłanka wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp obejmuje sytuację, w której wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

b) jako przykład wystąpienia podstawy wykluczenia wskazanej w lit a) (zakazane porozumienie) ustawodawca wskazał sytuację, w której wykonawca należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykaze, że przygotował te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

c) zakres badania podmiotu udostępniającego zasoby powinien obejmować ten zakres podstaw wykluczenia, jaki jest weryfikowany wobec wykonawcy (art. 119 ustawy pzp, art 63 dyrektywy, motyw 84 dyrektywy);

d) podmiot udostępniający zasoby składa w zakresie przesłanki ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oświadczenie wstępne (JEDZ) o identycznej treści jak w przypadku oświadczenia składanego przez wykonawcę (JEDZ);

w efekcie realizowany jest obowiązek badania podstaw wykluczenia obu ww. podmiotów w identycznym zakresie.

Zamawiający podniósł, że gdyby ocena zachowania Zamawiającego miała miejsce przez pryzmat przepisów ustawy pzp z wyłączeniem treści przyjętego wiele miesięcy po uchwaleniu ustawy rozporządzenia wykonawczego — byłaby zakończona twierdzeniem o pełnej zgodności stanu faktycznego ze stanem wymaganym przez ustawodawcę.

Zamawiający wskazał dalej, że regulacja ujęta w par. 5 ww. Rozporządzenia wprowadziła wyjątek w zakresie badania podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby w sposób nieprzewidziany zapisami dyrektywy jak i ustawy pzp. Należy podkreślić, że delegacja do wydania rozporządzenia nie obejmuje uprawienia do dookreślenia (w tym wskazania wyjątków) zasad badania podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby w odniesieniu do treści art. 119 ustawy. Jest to typowe rozporządzenie o charakterze technicznym a jego autor uzyskał ustawowe uprawnienie (art. 128 ust. 6) do określenia rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz form, w jakich mogą być one. Wskazanie w ww. Rozporządzeniu wyjątku od zasady określonej w art. 119 ustawy jest zachowaniem zdecydowanie wykraczającym poza zakres delegacji ustawowej.

Zamawiający zauważył, że zastosowanie zapisów par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia w części wskazującej na brak możliwości żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia w zakresie ujętym w par. 2 ust. 1 pkt 2 prowadzi do sytuacji, w której zamawiający: a) narusza regulację art. 119 ustawy pzp; b) objęty jest zakazem następczej weryfikacji podstawy wykluczenia, którą badał już na wcześniejszym etapie postępowania na podstawie treści złożonego przez podmiot udostępniający zasoby JEDZ. W ocenie Zamawiającego, wprowadzenie do ww. Rozporządzenia (na ostatnim etapie procesu legislacyjnego związanego z wejściem w życie nowych przepisów o zamówieniach publicznych) zapisu par. 5 ust. 1 który wyłączył możliwość żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia, o którym mowa w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia mogło być próbą wyeliminowania - występujących w ocenie autora Rozporządzenia błędów legislacyjnych popełnionych w samej ustawie (brak pełnej korelacji zakresu podstawy wykluczenia wskazanej w drugiej części art. 108 ust. 1 pkt 5 odnoszącej się do złożenia oferty a więc czynności wykonywanej przez wykonawcę z treścią art. 119 który nakazuje badać ten zakres także wobec podmiotu udostępniającego zasoby, który oferty nie składa). Zamawiający stwierdził, że nawet gdyby ww. założenie było prawdziwe, eliminowanie tego rodzaju błędów aktem wykonawczym, wykraczającym poza ustawową delegację do jego wydania jest rozwiązaniem, które nie może zostać zaakceptowane w świetle zasady praworządności. Zamawiający stwierdził również, że wszelkie nieścisłości legislacyjne nie powinny być podstawą negatywnej oceny zachowania Zamawiającego, który w pełni prawidłowo zastosował treść art. 119 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z zachowaniem tzw. „prounijnej” wykładni przepisów (zgodnie z motywem 84 i art. 63 dyrektywy klasycznej). Zamawiający podkreślił, że ewentualna niespójność art. 119 ustawy pzp i art. 108 ust. 1 pkt 5 zdanie drugie jest jedynie pozorna. Badanie podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby zostało wprowadzone do europejskich i polskich przepisów o zamówieniach publicznych w celu wyeliminowania praktyki, w której podmiot podlegający wykluczeniu z udziału w postępowaniu (np. w efekcie uczestnictwa w grupie kapitałowej z innym wykonawcą) przyjmował rolę podmiotu udostępniającego zasoby (a więc podmiotu nieweryfikowanego w zakresie podstaw wykluczenia) wykonawcy „podstawionemu” do złożenia oferty w postępowaniu (który był weryfikowany na okoliczność występowania podstaw wykluczenia). Wykładnia celowościowa treści art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 119 ustawy pzp daje zatem te same wyniki, jakie daje wykładnia gramatyczna tych przepisów (podmiot udostępniający zasoby powinien być badany na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej). Jeżeli w ustawie pzp nie zawarto żadnego przepisu, który w sposób precyzyjny w swojej treści wskazywałby na wyłączenie badania podmiotu udostępniającego zasoby na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej z innymi wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu, to prawem i obowiązkiem zamawiającego jest przyjęcie założenia, że ustawodawca świadomie przyjął w treści ustawy (art. 108 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 119), że podmiot udostępniający zasoby powinien być badany na okoliczność uczestnictwa w grupie

kapitałowej z wykonawcami, którzy składają oferty w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że UZP w informacji pokontrolnej w sposób jednoznaczny przyjął, że zapis par. 5 ww. Rozporządzenia technicznego wyłącza zastosowanie przepisu art. 119 w brzmieniu ustawowym - zapis na str. 4 informacji pokontrolnej *„Zgodnie z treścią art. 119 zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe nie dotyczy jednak podstawy wykluczenia o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy”*. Zapis ten jest niezgodny z treścią art. 119 ustawy. Na marginesie Zamawiający zauważył, że stanowisko UZP o wyłączeniu pełnej podstawy wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z zakresu zastosowania art. 119, jest także niezgodne z treścią samego Rozporządzenia. Jeżeli bowiem UZP chciałby opierać swoje twierdzenie o wyjątku dotyczącym zastosowania art. 119 do przesłanki wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, nie powinien tego odnosić do pełnego brzmienia tego przepisu a jedynie do jego części dotyczącej uczestnictwa w grupie kapitałowej (vide par. 2 ust 1 pkt 7) lit c) w związku z par. 5 ust. 1 rozporządzenia). Powyższe w ocenie Zamawiającego wskazuje, że sama instytucja kontrolująca nie jest w pełni przekonana o zakresie wyłączenia jaki pojawia się w par. 5 rozporządzenia.

Zamawiający zauważył, że samo Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych zawiera sprzeczne zapisy odnoszące się do badania przesłanki ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający ma bowiem - zgodnie z par. 5 ust. 1 Rozporządzenia w związku z art. 124 ustawy pzp - w postępowaniach powyżej progów UE obowiązek żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia wskazanego w par. 2 ust. 1 pkt 7) lit c) Rozporządzenia, a więc oświadczenia o aktualności danych zawartych w JEDZ w zakresie informacji dotyczących cyt. *„zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”*. Tak skonstruowany zapis nie wyłącza przecież z treści tego oświadczenia informacji o braku porozumienia w postaci uczestnictwa grupie kapitałowej, które zgodnie z treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 jest jednym z przejawów porozumienia mającego na celu zakłócenie uczciwej konkurencji. W par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia z kolei wyraźnie podkreślono, że oświadczenie to obejmuje informację o przynależności do grupy kapitałowej będącej przykładem niedozwolonego porozumienia o którym mówi pierwsza część art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp cyt. *„oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty*

częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”. W efekcie jeden z podmiotowych środków dowodowych (par. 2 ust. 1 pkt 7 lit c) Rozporządzenia), który zamawiający musi wyegzekwować od podmiotu udostępniającego zasoby zawiera informacje o treści sprowadzającej się do twierdzenia, że podmiot ten nie zawarł jakiegokolwiek nielegalnego porozumienia, do którego referuje art 108 ust. 5 ustawy pzp. Zaś drugi z podmiotowych środków dowodowych (w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia), który zdaniem UZP nie może być egzekwowany od podmiotu udostępniającego zasoby zawiera informacje o treści sprowadzającej się do twierdzenia, że podmiot ten nie zawarł jednego konkretnego porozumienia zaliczającego się do grupy niedozwolonych porozumień do których referuje art 108 ust. 5 ustawy pzp (w postaci uczestnictwa w grupie kapitałowej). A więc treść oświadczenia drugiego (zakazanego) mieści się w treści oświadczenia pierwszego (obowiązkowego). Biorąc pod uwagę fakt, że oba oświadczenia składane są w tym samym momencie, zarzut nieuprawnionego żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia o treści zawierającej się w treści innego oświadczenia składanego w tym samym czasie wydaje się absurdalny.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przyjęty przez UZP sposób interpretacji treści rozporządzenia zakłada, że: podmiot udostępniający zasoby który zawarłby z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu każde inne - niż uczestnictwo w grupie kapitałowej - nielegalne porozumienie w świetle w art. 4 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zostałby objęty regulacją art. 122, zgodnie z którym jeżeli wobec podmiotu udostępniającego zasoby zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu; podmiot udostępniający zasoby który zawarłby z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu nielegalne porozumienie w postaci uczestnictwa w grupie kapitałowej nie zostałby objęty regulacją art. 122 ustawy pzp. Ww. rozróżnienie zachowań podmiotu udostępniającego zasoby w świetle treści art. 122 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 119 ustawy pzp, w ocenie Zamawiającego są nieuzasadnione i stanowią o wadliwej wykładni przepisów prawa dokonanej przez UZP na potrzeby oceny stanu faktycznego będącego przedmiotem kontroli. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że są one efektem sprzeczności materii ustawowej i wykonawczej, które nie mogą być interpretowane niezgodnie z wolą ustawodawcy i na niekorzyść adresata przepisu, który przyznał podczas stosowania przepisów prawa pierwszeństwo ustawie i dyrektywie w stosunku do przepisów rozporządzenia. Jeżeli w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych należy wyłączyć badanie podstawy wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp (w całości lub części) w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby, należy sformułować w tym zakresie odpowiednie wnioski *de leg ferenda* w odniesieniu do zapisów ustawowych. W ocenie Zamawiającego nie należy dokonywać rozszerzających wykładni precyzyjnie sformułowanych przepisów ustawy pzp

podczas wykonywania czynności kontrolnych i w efekcie negować zachowania Zamawiającego, które jest zgodne z przywołaną treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 119 ustawy pzp.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że: nie naruszył art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp bowiem zażądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z treścią art. 119 ustawy pzp; nie naruszył przepisów par. 5 ust. 1 powołanego Rozporządzenia ze względu na to, że przepis ten w części wyłączonej możliwość żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia, o którym mowa w par. 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia jest niezgodny z treścią art. 119 ustawy pzp w zakresie w jakim wprowadza wyjątek do tego przepisu w sposób sprzeczny z delegacją do jego wydania; nie naruszył przepisów par. 5 ust. 1 powołanego Rozporządzenia, gdyż nie zawiera on zakazu żądania dokumentu wskazanego w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia a jedynie wskazuje na uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentów w nim wskazanych. Nie można zatem wyinterpretować z niego zakazu, o którym pisze w wystąpieniu pokontrolnym Urząd Zamówień Publicznych.

Zamawiający - niezależnie od ww. argumentów - zauważył, że opisane wyżej sprzeczności zakresu regulacji art. 119 ustawy pzp i par. 5 ust. 1 Rozporządzenia nie wynikają z nieprawidłowej interpretacji tych przepisów przez gminę Gromnik, a są problemem o charakterze systemowym. Zamawiający wskazał linki do przykładowych SWZ, w których zamawiający zachowali się identycznie jak Gmina Gromnik prowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli, Centrum Obsługi Administracji Rządowej oraz Ministerstwo Rozwoju i Technologii.

W odniesieniu do naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp Zamawiający wskazał, że zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. W stanie faktycznym będącym przedmiotem oceny UZP termin związania ofertą upłynął 1 grudnia 2021 r. W terminie określonym w ustawie na zwrot wadium (zwrot wadium mógł nastąpić do dnia 8 grudnia 2022 r.), gwarancja wadium wykonawcy wygasła (z dniem 1 grudnia 2021 r.) W związku z wygaśnięciem gwarancji przed upływem terminu na zwrot wadium w sposób określony w art. 98 ust. 5 Zamawiający nie mógł wykonać skutecznego złożenia oświadczenia o zwolnieniu gwaranta z obowiązków wynikających z gwarancji bowiem gwarant nie był już tymi obowiązkami związany (skutek wygaśnięcia gwarancji). Reasumując Zamawiający wskazał, że na skutek upływu terminu ważności gwarancji wystąpił skutek równoważny z czynnością określoną w art. 98 ust. 5 ustawy pzp. Oświadczenie Zamawiającego byłoby czynnością pozorną, niewywołującą skutków jakie dla tej czynności przewidział ustawodawca. Zgodnie z zapisami gwarancji wygasa ona automatycznie i całkowicie w przypadku: 1) zwolnienia

Gwaranta przez Beneficjenta ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w Gwarancji, przed upływem terminu ważności Gwarancji, 2) złożenia Gwarantowi przez Beneficjenta oświadczenia o zwolnieniu wadium (na adres siedziby Gwaranta lub na adres e-mail: gwarancje@tueuropa.pl) 3) gdy świadczenia Gwaranta z tytułu niniejszej Gwarancji osiągnęły kwotę gwarancji, 4) upływu ostatniego dnia jej ważności, 5) Oferent zawrze umowę o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy Gwarancja i wniesie wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie zamówienia, 6) Oferent wycofa ofertę przed upływem terminu do składania ofert lub nie przystąpi do Przetargu. W związku z wystąpieniem przesłanki wskazanej w pkt 4) i wygaśnięciem gwarancji Zamawiający nie składał oświadczenia o zwolnieniu gwaranta z obowiązków z tej gwarancji wynikających.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że przepisy nowej ustawy pzp nie przewidują czynności samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. A więc tego rodzaju działanie podjęte przez wykonawcę nie jest czynnością, z którą ustawa pzp wiąże skuteczne przedłużenie tego terminu. Skuteczne przedłużenie terminu związania ofertą, rodzące skutki dla wykonawcy w toczącym się postępowaniu jest możliwe jedynie w procedurze zawezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał w konsekwencji, że w objętym kontrolą stanie faktycznym nie doszło zatem do naruszenia dyspozycji art. 98 ust. 1 ustawy pzp ze względu na wystąpienie okoliczności czyniących zwrot wadium w sposób wskazany w art. 98 ust. 5 bezprzedmiotowym. Zamawiający podniósł, że wykonanie czynności zwrotu wadium w sposób określony w art. 98 ust. 5 ustawy tj. poprzez zwolnienie gwaranta z obowiązków wynikających z gwarancji w momencie, gdy na skutek jej wygaśnięcia (przed upływem terminu na jej zwrot) nie był on nimi związany, jest wyrazem niczym nieuzasadnionego formalizmu sprowadzającego się do obowiązku składania nieskutecznych w świetle przepisów kodeksu cywilnego oświadczeń woli.

Reasumując, Zamawiający Gmina Gromnik zawnioskowała o uwzględnienie zastrzeżeń do wyników kontroli Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do obu postawionych w informacji pokontrolnej zarzutów i przyjęcie, że podczas prowadzenia postępowania pn. Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych do produkcji energii elektrycznej w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych w ramach projektu „Ekopartnerzy na rzecz słonecznej energii Małopolski” nie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2022 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Prezes Urzędu zauważył, że w złożonych zastrzeżeniach Zamawiający nie kwestionuje stwierdzonego w toku kontroli faktu,

iż żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu przedstawienia m.in. dokumentu określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Prezes Urzędu stwierdził dalej, iż zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 ustawy pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Natomiast art. 119 ustawy pzp, określa, że w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Stosownie jednak do treści par. 5 ust. 1 Rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w par. 2 ust. 1 pkt 1 i 3—7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, iż jego zakres — w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w par. 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Prezes Urzędu zauważył, że potwierdzenie tego stanowiska zawiera również uzasadnienie do projektu Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w którym wskazano, że *„Zamawiający powinien zatem zasadniczo żądać podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu*

udostępniającego zasoby w takim samym zakresie w jakim żąda ich od wykonawcy. Wyjątkiem od tej zasady jest oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W świetle brzmienia podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy takie oświadczenie powinno być składane wyłącznie przez oferenta lub wnioskodawcę.”

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy pzp w zw. z par. 5 ust. 1 Rozporządzenia.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego do stwierdzonego naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp Prezes Urzędu wskazał, że z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, że termin związania ofertą upływał w dniu 1 grudnia 2021 r. Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. złożył wadium dla każdej z czterech części postępowania odrębnie, w formie Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z terminem ważności do dnia 1 grudnia 2021 r. Przy piśmie z dnia 1 grudnia 2021 r. ww. wykonawca przedłużył termin związania ofertą dla trzech części postępowania o kolejne 60 dni, tj. do dnia 31 stycznia 2022 r. Jednocześnie przedłożył w załączeniu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium o numerze 3939/W/08/2021, 3940/W/08/2021, 3942/W/08/2021 (dla części 1, 2 i 3 zamówienia). Zamawiający nie zwrócił wadium ww. wykonawcy w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, tj. od dnia 1 grudnia 2021 r.

Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z treścią art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający zwraca wadium przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Tym samym zwrócił uwagę, że ustawa nie przewiduje wyjątków w zakresie realizacji obowiązku zwrotu wadium wykonawcom.

Prezes Urzędu podniósł dalej, że odmiennie niż w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) ustawodawca w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) uregulował kwestie związane z przedłużeniem terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy pzp w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. W przypadku zamówień o wartościach mniejszych niż progi unijne okres ten nie może przekroczyć 30 dni (art. 307 ust. 2 ustawy pzp). Stosownie do powyższego przepisu

uprawnienie do wystąpienia do wykonawców o wyrażenie takiej zgody przysługuje wyłącznie zamawiającemu. Tym samym w obecnym stanie prawnym wykonawca nie dysponuje uprawnieniem do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, a w przypadku gdy zamawiający żądał wnieścia wadium, również do samodzielnego przedłużenia okresu ważności wadium co było możliwe na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy pzp. W praktyce zatem istniała możliwość samodzielnego przedłużenia terminu ważności wadium przez wykonawcę, przy przedłużeniu terminu związania ofertą, i takie oświadczenia woli wykonawców były wiążące dla zamawiającego, co wskazuje na możliwość jednostronnego ukształtowania zobowiązania wynikającego z gwarancji przez wykonawcę, które wiążące było również dla zamawiającego. W kontrolowanym postępowaniu, pomimo iż wykonawca nie dysponował uprawnieniem do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą i wadium, to wykonawca przedłużył termin związania ofertą dla trzech części postępowania o kolejne 60 dni, tj. do dnia 31 grudnia 2022 r, przedkładając jednocześnie w załączeniu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium o numerze 3939/W/08/2021, 3940/W/08/2021, 3942/W/08/2021 (dla części 1, 2 i 3 zamówienia). Skoro takie oświadczenie zostało złożone przez wykonawcę, to pomimo upływu pierwotnie określonego w dokumencie wadium terminu obowiązywania wadium i ziszczeniu się przesłanek do zwrotu wadium, określonych w art. 98 ustawy pzp, zamawiający zobowiązany jest do zwrotu wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Prezes Urzędu wskazał, że oświadczenie o zwolnieniu wadium zamawiający składa nie wykonawcy a gwarantowi lub poręczycielowi. Istota tego oświadczenia polega na zapewnieniu gwaranta lub poręczyciela o zwolnieniu ze zobowiązań wynikających z wadium.

Ponadto, Prezes Urzędu zwrócił uwagę na aspekt związany z ochroną jaką uzyskuje zamawiający w przypadku złożenia wadium w innej formie niż w pieniądzu. Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Przepis ten formułuje zatem wymaganie odnoszące się do minimalnego terminu utrzymania (obowiązywania) wadium wniesionego w innej niż pieniądź formie. Nie oznacza to jednak, że uprawnienia związane z dochodzeniem roszczeń (zapłaty wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek do jego zatrzymania) wygasają z chwilą wskazanego w takim dokumencie wadium terminu obowiązywania. Nie można bowiem utożsamiać terminu obowiązywania dokumentu wadium np. gwarancji ubezpieczeniowej, z terminem na zgłoszenie żądania zapłaty wadium. Dlatego też pomimo upływu wskazanego w takim dokumencie wadium terminu jego obowiązywania, zwrot wadium przez zamawiającego na podstawie art. 98 ust. 5 ustawy pzp poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium, jest konieczne w celu zakończenia tego stosunku prawnego przez beneficjenta gwarancji.

Konkludując, Prezes Urzędu wskazał, że przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, dlatego też brak zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą wyznaczonego przez zamawiającego w SWZ, stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy pzp.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu – na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i zważyła:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 marca 2022 r. zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, że nie zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art 124 ust. 1 ustawy pzp w związku z par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia polegającego na żądaniu w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej oraz naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, polegającego na braku zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą wyznaczonego przez Zamawiającego w SWZ.

Na wstępie wskazania wymaga, że bezsporny pozostawał stan faktyczny w odniesieniu do obu stwierdzonych przez Instytucję kontrolną naruszeń. Ponadto, w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy, dlatego też ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Sporna pozostawała kwestia wykładni przepisów prawa i ocena zachowania Zamawiającego wobec prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Izba za własną przyjęła argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, uznając ją za kompleksową, pogłębioną i wyczerpującą, a w konsekwencji nie widząc potrzeby jej powielania.

W odniesieniu do naruszenia art. 124 ust. 1 ustawy pzp w zw. z par. 5 ust. 1 Rozporządzenia na szczególne podkreślenie zasługują następujące kwestie.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający żądał w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu przedstawienia dokumentu określonego w par 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

W ocenie Izby, Instytucja kontrolująca upatrując w powyższej czynności Zamawiającego naruszenia dokonała błędnej wykładni przepisów prawa, nadając prymat przepisom wykonawczym względem regulacji ustawowych oraz unijnych.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Zamawiający prawidłowo dokonał interpretacji przepisów ustawowych. Nie ulega wątpliwości, że przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest przesłanką obligatoryjną, od której badania względem wykonawcy zamawiający nie może odstąpić. Ponadto, art. 119 ustawy pzp nakłada na zamawiającego dodatkowy obowiązek badania przesłanek wykluczenia przewidzianych względem wykonawcy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby. Dyspozycja powyższego przepisu determinuje zatem konieczność badania względem podmiotu trzeciego również przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie przewidując w tym zakresie wyjątków. Uregulowanie wynikające z art. 119 ustawy pzp pozostaje w zgodności z obowiązkiem wynikającym z art. 124 ust. 1 żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz art. 125 ust. 5 ustawy pzp żądania od podmiotu trzeciego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, a więc również wstępnego oświadczenia co do braku wszystkich przesłanek wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentacji postępowania względem wykonawcy, w tym przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp –

Część III sekcja C o treści „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że regulacje ustawowe są spójne i jednoznaczne co do obowiązków nałożonych na zamawiającego w zakresie badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu udostępniającego zasoby.

Słusznie również Zamawiający odniósł się do regulacji unijnych – motywu 84 oraz art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, z których jednoznacznie wynika obowiązek weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby na tożsamych warunkach jak weryfikacja wykonawcy.

Dalej podkreślić należy, że niewątpliwie par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia regulując katalog podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać pomija par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, a więc oświadczenie wykonawcy, „w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”. Zasadnie jednak Zamawiający zwrócił uwagę na rozbieżność co do żądania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w treści samego Rozporządzenia, które jednak w par. 5 ust. 1 przewiduje możliwość żądania od podmiotu trzeciego w par. 2 ust. 1 pkt 7 lit. c: „7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.”

W świetle powyższego oczywistym jest, iż w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi. Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną *lex superior derogat legi inferiori*, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, iż przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, zgodnie z art. 119 ustawy pzp. W konsekwencji żądanie podmiotowego środka dowodowego określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia od podmiotu udostępniającego zasoby należało uznać za zgodne z ustawą. Właściwie Zamawiający

argumentował, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy pzp może regulować wyłącznie kwestie przypisane mu przez ustawę, a ta w art. 119 ustawy pzp jednoznacznie stanowi o obowiązku badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu trzeciego w zakresie identycznym jak przewidziane dla wykonawcy, nie stanowiąc w tym zakresie wyjątków.

Izba uznała zatem argumentację Zamawiającego za pełną, szczegółową i prawidłową. Izba zauważa, że rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego do wyników kontroli Prezes Urzędu w ogólnie nie odniósł się do pogłębionej analizy prawnej przedstawionej w zastrzeżeniach, powielając w zasadzie stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli, pomijając treść art. 119 ustawy pzp oraz przyznając prymat normy wykonawczej nad ustawową, uznając iż ww. Rozporządzenie może ustanawiać wyjątki nieznanne ustawie. Oceny prawnej Izby nie zmienia także dodatkowa argumentacja Prezesa Urzędu, iż w uzasadnieniu do projektu Rozporządzenia wskazano, że *Wyjątkiem od tej zasady jest oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W świetle brzmienia podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy takie oświadczenie powinno być składane wyłącznie przez oferenta lub wnioskodawcę.* Z powyższego wynika jedynie, iż intencją autora Rozporządzenia było pominięcie w par. 5 ust. 1 podmiotowego środka dowodowego z par. 2 ust. 1 pkt 2 z uwagi na brzmienie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Niemniej jednak dyspozycja art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp stanowi o zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, podając jako przykład: *„w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.* Niewątpliwie, jak słusznie podkreślał Zamawiający powołując się na wykładnię celowościową art. 119 ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, zakłócenie konkurencji w postępowaniu może mieć miejsce również, jeśli to podmiot udostępniający zasoby będzie należał do grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Prezes Urzędu nie przeprowadził w tym zakresie żadnego wyводу, lakonicznie powołując się na treść przepisów Rozporządzenia.

Mając na względzie powyższe, wobec rozbieżności przepisów ustawowych i wykonawczych trudno Zamawiającemu przypisywać naruszenie w sytuacji, gdy Zamawiający zastosował się do regulacji ustawowej. Izba uznała zatem, że Prezes Urzędu niezasadnie stwierdził naruszenie art. 124 ust. 1 ustawy pzp w zw. z par. 5 ust. 1 Rozporządzenia.

Izba uznała również, iż Prezes Urzędu niewłaściwie stwierdził naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

W zakresie stwierdzonego naruszenia bezsporne było, iż w treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (po zmianach), Zamawiający określił, że termin związania ofertą upływa w dniu 1 grudnia 2021 r. Nie była również sporna interpretacja przepisów ustawowych, zgodnie z którą w obecnym stanie prawnym wykonawca nie dysponuje uprawnieniem do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, a w przypadku gdy zamawiający żądał wniesienia wadium, również do samodzielnego przedłużenia okresu ważności wadium.

Izba ustaliła, że wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. przedłożył Zamawiającemu wraz z ofertą Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium odrębnie dla każdej z czterech części zamówienia o tożsamej treści. Z dokumentów tych wynika m.in. że:

„3. Wypłata z tytułu niniejszej Gwarancji nastąpi, w terminie 14 dni roboczych (słownie: czternastu) od dnia doręczenia Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji pierwszego żądania zapłaty, określającego kwotę żądania (...) 4. Niniejsza Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 03.09.2021 r. do dnia 01.12.2021 r. 5. Niniejsza Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku: (...) 4) upływu ostatniego dnia jej ważności.”

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: *„1. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności: 1) upływu terminu związania ofertą (...).”*

W myśl art. 98 ust. 5 ustawy pzp: *„5. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.”*

W świetle powyższych ustaleń i wykładni celowościowej art. 98 ust. 5 ustawy pzp Izba uznała, że stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp nastąpiło w oderwaniu od stanu faktycznego, tj. treści dokumentu gwarancji wadialnej.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż należy odróżnić termin związania ofertą od terminu na zgłoszenie roszczenia z dokumentu gwarancji wadialnej. Niemniej jednak, co umknęło uwadze Prezesa Urzędu, w dokumencie gwarancji wadialnej wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. termin ten został zrównany i upływał w dniu 1 grudnia 2021 r. W treści gwarancji stwierdzono bowiem jednoznacznie, iż z roszczeniem o wypłatę z gwarancji Zamawiający musi zwrócić się w terminie jej ważności tj. do dnia 1 grudnia 2021 r. Co więcej postanowiono, że gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku upływu ostatniego dnia jej ważności, tj. w dniu 1 grudnia 2021 r.

W świetle powyższego, złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o zwolnieniu wadium nie było konieczne, gdyż nie mogło nieść ze sobą żadnych skutków prawnych, w tym przewidzianych w art. 98 ust. 5 ustawy pzp. Złożenie takiego oświadczenia w ciągu 7 dni od dnia 1 grudnia 2021 r., jak słusznie wskazywał Zamawiający, nastąpiłoby po upływie terminu ważności gwarancji, po jej wygaśnięciu ale również po upływie terminu na zgłoszenie roszczenia o wypłatę.

Wobec powyższego w rozpatrywanym stanie faktycznym stwierdzenie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, w zakresie braku złożenia oświadczenia o zwolnieniu wadium było nieuzasadnione. Za taką wykładnią art. 98 ust. 5 ustawy pzp przemawia stanowisko przedstawione w Komentarzu do prawa zamówień publicznych Urzędu Zamówień Publicznych pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza, w którym wskazano: *„Przepis obliguje zamawiającego do przedwczesnego zakończenia stosunku gwarancji lub poręczenia. (...) Charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Zwolnienie z wadium można przede wszystkim kwalifikować jako zwolnienie z długu albo odstąpienie od umowy gwarancji lub poręczenia. Pzp nie przewiduje szczególnej formy dla oświadczenia o zwolnieniu wadium, decydująca jest zatem w tym zakresie treść stosunku gwarancji.”* Podobnie M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak: *„Wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu zamawiający zwraca poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Złożenie oświadczenia nie będzie konieczne, jeśli upłynął termin ważności wadium, określony w dokumencie wadium. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu PZP, charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Co do zasady zwolnienie z wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 32).”* Cel przepisu jest zatem jednoznaczny – oświadczenie zamawiającego powinno zostać złożone aby przedwcześnie zakończyć stosunek gwarancji. W rozpatrywanej sprawie oświadczenie złożone przez Zamawiającego nie mogłoby przedwcześnie zwolnić Gwaranta z jego obowiązków, gdyż wystąpienie z roszczeniem po dniu 1 grudnia 2021 r. byłoby spóźnione. Co więcej, nie mogłoby Gwaranta zwolnić także z długu, ponieważ po dniu 1 grudnia 2021 r. Gwarant nie pozostawał już dłużnikiem Zamawiającego.

W konsekwencji, uznać należało, że złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o zwolnieniu wadium nie mogłoby odnieść skutków prawnych jakie ustawa wiąże z dyspozycją art. 98 ust. 5, a tym samym stwierdzenie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp było niezasadne.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....