

Praktyka i orzecznictwo w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców

dr Izabela Fundowicz

Warszawa, 19.11.2021 r.



Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój



Rzeczpospolita
Polska



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Art. 57. O udzielenie zamówienia **mogą ubiegać się wykonawcy**, którzy:

- 1) **nie podlegają wykluczeniu;**
- 2) **spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.**

powyżej i
poniżej
progów

- **Art. 125. 1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.**

powyżej
progów

- 2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

powyżej
i
poniżej
progów

- 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, **stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.**

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Art. 125.

powyżej i
poniżej
progów

- 4. W przypadku **wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie**, o którym mowa w ust. 1, **składa każdy z wykonawców**. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

powyżej i
poniżej
progów

- 5. 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**.

powyżej
progów

- 6. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.

Podmiotowe środki dowodowe

- **Art. 124** W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający (**progi unijne**): 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie **braku podstaw wykluczenia**; 2) **może żądać** podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie **spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji**.
- **Art. 273. 1.** W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający (**poniżej progów unijnych**) **może żądać** podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie: 1) braku podstaw wykluczenia; 2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

podmiotowe środki dowodowe - należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - obligatoryjne i fakultatywne podstawy wykluczenia

- ❑ **Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r. sygn. akt 1804/21 (fakultatywność przesłanek wykluczenia)**
 - Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1, 4 oraz 7 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ. (...)
 - Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełnienia przez Przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy Przystępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.
 - Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert.

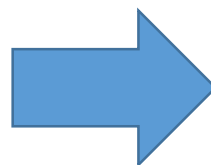
Obligatoryjne podstawy wykluczenia – Podmiotowe środki dowodowe

art. 108 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

Art. 108. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:
(....)

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;



W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać **informacji z Krajowego Rejestru Karnego** - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy **przed jej złożeniem**

Podmiotowy środek dowodowy - KRK

- W świetle § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie - jeśli podmiotowy środek dowodowy został wystawiony wykonawcy w postaci dokumentu elektronicznego przez podmiot upoważniony – wykonawca przekazuje taki dokument zamawiającemu. Oznacza to, że elektronicznie wystawione KRK powinno zostać w takiej samej postaci przekazane za pomocą środków komunikacji elektronicznej zamawiającemu. W świetle § 6 ust. 1 przywołanego rozporządzenia – **brak jest zatem konieczności opatrywania dokumentu elektronicznego KRK podpisem kwalifikowanym wykonawcy.**

Obligatoryjne podstawy wykluczenia – Podmiotowe środki dowodowe

108 ust. 1 pkt 5 - jeżeli zamawiający może stwierdzić, **na podstawie wiarygodnych przesłanek**, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami **porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji**, **w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej** w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, **złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu**, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;



- oświadczenia 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, 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;
- oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy na okoliczność braku zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji

Podmiotowe środki dowodowe – rozporządzenie

- Weryfikacja podmiotu trzeciego w zakresie podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (ale także art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) odbywa się w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia tj. oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym dotyczących podstaw wykluczenia z postępowania.
- W świetle **§ 5 ust. 1 rozporządzenia**, badanie podmiotu trzeciego pod kątem przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest ograniczone tylko do informacji dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem zakres weryfikacji jest węższy niż w przypadku badania wykonawcy, gdyż nie dotyczy weryfikacji przynależności do grupy kapitałowej.

Obligatoryjne podstawy wykluczenia – Art. 108 ust. 1 pkt 5

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

- „Odwołujący (...) w argumentacji podniósł, że sankcyjne wykluczenie Odwołującego z postępowania w trybie art. 111 pkt 4) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku) powinno zostać poprzedzone wydaniem decyzji uprawnionego organu (UOKiK), a już w szczególności wykluczenie nie powinno mieć miejsca przed uprawomocnieniem się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1010/21. Jednakże ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przestanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku, jak i przestanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmony przetargowej”. Gdyby tak było, ustawodawca wyraźnie wskazałby to w treści przepisu.
- Przeciwnie - **ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przestankę wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy to właśnie Zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przestanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia.**

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - postawy fakultatywne wykluczenia

Art. 109. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

7) **który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał**, istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

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

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

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - postawy fakultatywne wykluczenia

Art. 109. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 8) **który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd** przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
- 10) **który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd**, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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

- Wobec tego rozważyć należy czy niespełnienie warunku udziału w postępowaniu było w „wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa” i wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, czy też „w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd”. (...)
- W tym stanie faktycznym nie może być mowy o przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych, gdyż Grażyna (...) faktycznie wykonywała dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy), także w odniesieniu do branży architektonicznej tylko, że w zakresie technologii medycznej. Informacje są więc prawdziwe i wskazują na czynności, które rzeczywiście były wykonywane w ramach wskazanego w wykazie projektu („Tom I Projektu pt. „Architektura”, Część III – Projekt technologii medycznej”). Zamawiający wyjaśniał zakres prac realizowanych przez osobę wskazaną w „Wykazie osób” i to Zamawiający, dysponując faktycznym zakresem wykonywanych prac nieprawidłowo uznał, że warunek jest spełniony. Fakt, że wskazana w „Wykazie osób” osoba nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie oznacza, że wynika to z określonych, negatywnych działań tego wykonawcy. Wykonawca złożył bowiem wyciąg z dokumentów – projekt wykonawczy, w którym wskazano „branża budowlana, architektura, technologia medyczna”. Inaczej warunek interpretowali wykonawcy, inaczej zamawiający.
- W tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych



Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu

Art. 112. 1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- Ust. 2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) **zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;**



2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, zamawiający może wymagać, aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu

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

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

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu

Art. 115. 1. W odniesieniu **do sytuacji finansowej lub ekonomicznej** zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności:

- 1) aby wykonawcy posiadali określone **minimalne roczne przychody**, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem;
- 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich **rocznych sprawozdań finansowych** wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;
- 3) posiadania przez wykonawcę **odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej**;
- 4) posiadania przez wykonawcę **określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.**



Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu – art. 115 Pzp

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

- „Podobnie ma się rzecz co do drugiego zarzutu odwołania to jest braku upoważnienia pracownika banku do wystawienia opinii bankowej co do posiadanych środków finansowych, (...) Istotnym elementem tej części sporu jest pełnomocnictwo załączone do opinii bankowej (w aktach sprawy).
- (...) żaden przepis prawa w systemie PZP nie zobowiązuje w przypadku dokumentów bankowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu załączać pełnomocnictw osób wystawiających dokumenty na te okoliczności. Niemniej odwołujący ma prawo udowodnić, że osoba wystawiająca potwierdzenie czy to stanu konta czy to zdolności kredytowej, była do takich czynności upoważniona, bądź nie upoważniona. Natomiast fakt dołączenia do opinii bankowej pełnomocnictwa, które np. nie odpowiada czynności bankowej jaki stanowi dokument (opinia bankowa), w niniejszej sprawie, nie oznacza, że osoba ta nie posiada w ogóle upoważnienia do wystawienia tej treści opinii. Podsumowując, twierdzenie odwołującego powinno być poparte dowodem, że w tym przypadku Pani (...), nie posiada takiego prawa, a nie tylko, że pełnomocnictwo załączone nie obejmuje upoważnienia do oświadczenia zawartego w opinii bankowej.”

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu

Art. 116. 1. W odniesieniu **do zdolności technicznej lub zawodowej** zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu art. 114 Pzp

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

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

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu –art. 116 Pzp

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

- „Izba stwierdziła, iż warunek zdolności technicznej określony w Rozdziale VI pkt 4 lit c) SWZ w brzmieniu „**Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do jego realizacji**” **został określony wadliwie**. Warunek udziału w postępowaniu winien umożliwić zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażać minimalne poziomy tej zdolności dające podstawę do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podoła on realizacji zamówienia.(...)
- Należy zwrócić uwagę, iż **zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż z całą świadomością nie określał ilości pojazdów, chcąc aby to wykonawca w optymalny sposób, biorąc pod uwagę liczbę i specyfikę tras skierował do realizacji odpowiednią ilość pojazdów**. Taka argumentacja w ocenie Izby jest błędna w odniesieniu do określenia warunku udziału w postępowaniu jak i do oceny jego spełniania. Jak już wskazano powyżej warunek, w szczególności ma wyrażać minimalne poziomy zdolności wykonawcy dające podstawy do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podoła on realizacji zamówienia, a contrario brak określenia przez zamawiającego minimalnej liczby pojazdów czy też ich parametrów nie daje zamawiającemu możliwości stwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawcę.

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - warunki udziału w postępowaniu –art. 116 Pzp

☐ Wyrok KIO sygn. akt KIO 12301/21

- „nie potwierdził się również ostatni zarzut dotyczący zaniechania przez Przystępującego wykazania, że należycie wykonał usługi na które się powołuje w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzut ten w istocie sprowadza się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym w tym celu Przystępujący powinien był przedstawić stosowne referencje, gdyż na protokół odbioru można w ocenie Odwołującego powołać się jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji. Podkreślić należy, że w treści zarzutu Odwołujący nie kwestionował treści przedstawionych przez Przystępującego protokołów odbioru.
- **Zatem jak stanowi przepis wykonawca może przedstawić „referencje bądź inne dokumenty”, natomiast w przypadku trudności z ich pozyskaniem – oświadczenie wykonawcy. Protokół odbioru należy wobec tego zakwalifikować jako „inny dokument”, o którym mowa w rozporządzeniu obok referencji.** Innymi słowy referencje nie są jedynym „słusznym” środkiem dowodowym, jakim mogą się posługiwać wykonawcy. Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.”

Konsorcjum – art. 117 Pzp

Art. 117

- **ust. 1** Zamawiający może określić **szczególny, obiektywnie uzasadniony**, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
- **ust. 2** Warunek dotyczący **uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej**, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje** roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Konsorcjum – art. 117 Pzp

- **ust. 3** W odniesieniu do **warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
- **ust. 4** W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty **oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.**

Konsorcjum – art. 117 Pzp podmiotowy środek dowodowy

- Należy w związku z tym wyjaśnić, że w świetle art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, środki służące potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zaliczają się do podmiotowych środków dowodowych.
- Tym samym oświadczenie o podziale zadań pomiędzy współwykonawców, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, stanowi podmiotowy środek dowodowy.

art. 127 ust. 2 Pzp i art. 128 Pzp

Poniżej progów UE
art. 274 ust. 4 Pzp

- Zamawiający **nie wzywa** do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:
 - 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (...), o ile wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do tych środków;
 - 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.
- Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność (**art.127 ust.2**);
- Jeżeli wykonawca **nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń** składanych w postępowaniu lub są one **niekompletne lub zawierają błędy**, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (**art. 128**)

W tym **pełnomocnictwo**

Uzupełnianie – art. 128 ust. 1 Pzp

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

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

Uzupełnianie – art. 128 ust. 1 Pzp

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

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

Uzupełnianie – art. 128 ust. 1 Pzp i art. 122 Pzp

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

- „Izba stwierdza, iż odwołujący nie ma również racji zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. **W ocenie Izby odwołujący błędnie interpretuje przepisy ustawy Pzp, dążąc niejako do traktowania art. 128 ust. 1 i art. 122 ustawy Pzp jako odrębnych podstaw do uzupełnienia dokumentów**, gdy relacja tych przepisów jest analogiczna do tej pomiędzy art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. **Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast, przepis art. 122 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego.** Przepis art. 122 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot trzeci, z jakichś przyczyn, nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia.

Procedura odwrócona

- **Art. 139.** - Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.
- W przypadku, o którym mowa wyżej, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona
- Jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, **zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.**
- Zamawiający **kontynuuje procedurę ponownego badania i oceny ofert**, o której mowa w ust. 3, w odniesieniu do ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.



Dziękuję za uwagę!
www.uzp.gov.pl