



Warszawa, 2022 r.

WICEPREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Mateusz Winiarz*

DKZP.WKZ2.442.136.2021.SM  
KND/141/21/DKZP

Burmistrz  
Gminy Bystrzyca Kłodzka  
umig@bystrzycaklodzka.pl

W odpowiedzi na pismo, które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w dniu 27 maja 2022 r. (znak pisma: WTiKF.271.1.2021.ZP), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: **„Remont i przebudowa części podziemi zlokalizowanych wzdłuż murów obronnych z uwzględnieniem zabezpieczenia oraz dostosowania obiektu do obsługi ruchu turystycznego w Bystrzycy Kłodzkiej”** (znak postępowania: WTiKF.271.1.2021.ZP), przeprowadzonego przez Gminę Bystrzyca Kłodzka, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia: art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy U do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego, tj. nie mniejszą niż 4 000 000 mln zł, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy U, który nie spełniał ww. warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego, wskazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 23 maja 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.136.2021.SM.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy U do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego, tj. nie mniejszą niż 4 000 000 mln zł, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy U, który nie spełniał ww. warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia w zakresie wszystkich przywołanych powyżej naruszeń.

We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający wskazał, że: „Kwestionowane wyniki kontroli doraźnej pozostają konsekwencją określonej wykładni przepisu art. 125 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwana Pzp). Przyjęta przez Kontrolujących wykładnia przepisu art. 274 ust. 1 w/w ustawy pozostaje w sprzeczności z językowym brzmieniem tego przepisu. Zdaniem Zamawiającego ustawodawca nieprzypadkowo w przepisie art. 274 ust. 1 Pzp posługuje się sformułowaniem „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”. Gdyby wolą ustawodawcy było (...), aby podmiotowe środki dowodowe w rozumieniu tego przepisu były aktualne na inny dzień np. dzień złożenia oferty przez wykonawcę, to wprost takie sformułowanie zostałoby użyte w tym przepisie. Stało się jednak inaczej, mianowicie, oczekiwaniem racjonalnego ustawodawcy jest aby nie narażać wykonawców na zbędne wydatki, idące niekiedy w kwoty rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych, jedynie celem zawarcia umowy ubezpieczenia, które będzie potrzebna dopiero po ewentualnym wybraniu jego oferty, a przede wszystkim w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający nie ma przy tym żadnych podstaw prawnych, aby kwestionować na etapie składania ofert prawdziwość oświadczenia przez wykonawcę dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 125 ust. 1 Pzp”.

Zdaniem Zamawiającego: „W analizowanym przepisie art. 274 Pzp wyeliminowano dotychczasową lukę prawną polegającą na braku wskazania wprost, na jaki moment mają być aktualne uzupełniane dokumenty lub oświadczenia (środki) podmiotowe. Określa się, że wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. Sformułowanie „aktualne na dzień ich złożenia” należy interpretować łącznie z użytym w przepisie art. 274 ust. 1 Pzp sformułowaniem „w wyznaczonym terminie” (przez zamawiającego) nie krótszym niż 5 dni. Tym samym wykonawca dysponuje znacznym zapasem czasu, aby wymagane dokumenty, środki dowodowe (np. polisy OC) uzyskać. Nie należy odnosić pojęcia aktualne do aktualności podmiotowych środków dowodowych, do uzupełnienia których wykonawca jest wzywany, ale ich aktualności w terminie ich złożenia. Ustawodawca wyznaczył zatem kierunek rozumienia aktualności podmiotowych środków dowodowych i uznaje za aktualne podmiotowe środki dowodowe potwierdzające stan nie późniejszy niż na dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie w trybie przepisu art. 274 ust. 1 Pzp”.

Ponadto podniesiono w zastrzeżeniach, że: „W tym kierunku wykładnię przepisów art. 274 ust. 1 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 Pzp prezentują również autorzy komentarzy i artykułów naukowych, także na gruncie poprzedniej ustawy Pzp. Ustawodawca decydując się na wstępne oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp, przyjmuje, że sam wykonawca najlepiej jest zorientowany, czy dysponuje zdolnościami finansowymi pozwalającymi mu na realizację określonego zamówienia. To przekonanie wykonawca może wywodzić zarówno z dotychczasowej współpracy np. z ubezpieczycielami, może dysponować polisą na określoną sumę gwarancyjną, która dotyczy innego okresu czasu niż czas realizacji zamówienia, a nawet może posiadać promesę polisy ubezpieczenia OC. Natomiast oczekiwaniem Zamawiającego jest aby wykonawca legitymował się polisą aktualną i na wymaganą w SWZ kwotę, ale już na datę jej złożenia, czyli w praktyce gdy ranking ofert wykaże, że wykonawca będzie uprawniony do zawarcia umowy z uwagi na treść swojej oferty. Zamawiający nie posiada przy tym instrumentu prawnego, aby badać czy taką samą polisę wykonawca posiadał już w dacie

*składania ofert, albowiem wraz z ofertą złożył oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp, w którym potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, w domyśle, Wykonawca będzie w stanie złożyć żądany podmiotowy środek dowodowy aktualny na dzień jego złożenia, tj. na dzień wyznaczony przez Zamawiającego”.*

*Jak wskazał dalej Zamawiający: „Niezrozumiałym pozostaje oczekiwanie, aby Zamawiający odrzucił najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który legitymował się wymaganą polisą OC na dzień jej złożenia. Takie postępowanie Zamawiającego skutkowałoby naruszeniem ustawy Pzp, która wyraźnie wskazuje warunki odrzucenia oferty, a ponadto skutkowałoby obowiązkiem wyboru kolejnej, mniej konkurencyjnej oferty. Powyższe wprost przełożyłoby się na zwiększone wydatki zamawiającego przewidziane na realizację zamówienia. Takie działanie Zamawiającego trudno byłoby uznać za gospodarne na gruncie przepisów ustawy o finansach publicznych. Powyższa wykładania nie oznacza, że podmiotowe środki dowodowe nie mogą być wystawione z datą przypadającą po upływie terminu składania ofert. Istotne jest bowiem to, aby ich treść nie negowała prawdziwości złożonego wcześniej zakresie oświadczenia wstępnego. Nie można wykluczyć sytuacji, w której aktualnym na dzień jego złożenia będzie również dokument opatrzony datą przypadającą po upływie terminu składania ofert”.*

*Jak podniesiono dalej w zastrzeżeniach: „Trudno wobec takiego brzmienia przepisu art. 274 ustawy Pzp zakładać, że obowiązkiem Zamawiającego jest badanie aktualności podmiotowego środka dowodowego według stanu na inny dzień niż dzień jego złożenia. A tym bardziej, nie sposób przyjmować, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy, który złożył wymagany podmiotowy środek dowodowy aktualny na dzień jego złożenia. Celem przepisu art. 274 ust. 1 Pzp jest umożliwienie zamawiającemu sprawdzenie czy wybrany wstępnie wykonawca będzie zdolny do prawidłowego zrealizowania umowy. Taka weryfikacja odbywa się jednak dopiero po uznaniu przez zamawiającego, że określony wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.*

*Zamawiający zwrócił także uwagę, że: „(...) wobec istniejących wątpliwości związanych z prowadzoną kontrolą doraźną, wyraża przekonanie, że zasadnym byłby dokonanie nowelizacji przepisu art. 274 ust. 1 Pzp zmierzającej do jednoznacznego wskazania, że podmiotowe środki dowodowe winny być aktualne najpóźniej na dzień składania ofert oraz że jeżeli nie są aktualne na dzień składania ofert, to zamawiający ma obowiązek odrzucenia takiej oferty”.*

*Równocześnie Zamawiający zaznaczył, iż: „(...) podtrzymuje swoje stanowisko objęte treścią swojego pisma z dnia 23.07.2021 r., wskazując, że orzeczenie KIO, na które powołuje się kontrolujący zostało wydane dopiero w dniu 11 stycznia 2022 r. sygn. 3753/21. Tym samym zamawiający nie powinien ponosić ewentualnie ujemnych skutków prawnych określonej wykładni przepisów ustawy Pzp przez Krajową Izbę Odwoławczą, w sytuacji gdy rozpoczął postępowanie tuż po wejściu w życie nowej ustawy Pzp i w okresie gdy nie istniało jeszcze powołane przez kontrolujących orzeczenie KIO”.*

*Konkludując Zamawiający zwrócił uwagę, że: „(...) nie jest uprawniony do dokonania rozszerzającej wykładni pojęcia „aktualności” podmiotowych środków dowodowych, zwłaszcza w kierunku uznania, że pojęcie to powinno dotyczyć okresu przeszłego tj. na dzień złożenia oferty. Przeciwnie, przepisy ustawy Pzp winny być wykładane w taki sposób, aby w sposób maksymalny*

zapewnić ochronę konkurencyjności oraz przestrzeganie wymogów ustawy o finansach publicznych (...)"

**Odnosząc się do ww. argumentacji powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej informuję, co następuje.**

Przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający w nadesłanych zastrzeżeniach podtrzymuje dotychczasowe stanowisko i kwestionuje przyjętą w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 23 maja 2022 r. wykładnię przepisu art. 125 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powołuje się w głównej mierze na językową wykładnię art. 274 ust. 1 ustawy Pzp oraz na przewidywaną przez niego intencję ustawodawcy, którą kierował się przy sformułowaniu powyższego przepisu.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Ponadto w świetle art. 125 ust. 3 ustawy Pzp (który Zamawiający zdaje się pomijać) 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.

Dzięki temu, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji stanowi tymczasowy dowód zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, wykonawcy nie muszą z góry przedstawiać zamawiającemu całego kompletu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia).

Podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 7 pkt 17 ustawy Pzp). Przez to pojęcie ustawa Pzp rozumie w praktyce określone rodzaje dokumentów, wymienione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, które odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Sytuacja podmiotowa wykonawcy jest analizowana przez zamawiającego w kontekście spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a także w kontekście podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Do podmiotowych środków dowodowych nie jest zaliczane oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, o niepodleganiu wykluczeniu, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Należy mieć na uwadze, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy

zdolności. W świetle art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości, itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. Co do zasady zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia musi być potwierdzona najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, art. 274 ust. 1 ustawy Pzp). Jeżeli jednak jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może wymagać potwierdzenia zdolności do należytego wykonania zamówienia na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zwłaszcza na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu (art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, art. 274 ust. 2 ustawy Pzp). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w interesie instytucji zamawiającej leży, by kandydaci, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, utrzymali swą zdolność ekonomiczną i techniczną w trakcie całego postępowania, ponieważ utrata tej zdolności może zagrażać celowi tego postępowania, którym jest wybór oferenta mogącego zrealizować wspomniane zamówienie.<sup>1</sup> **Wykonawca musi zatem spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania – aż do zawarcia umowy.** Dlatego, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 110 ust. 1 stawy Pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przechodząc do meritum, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W tym miejscu należy wskazać, że sformułowanie, aby przedłożone dokumenty lub oświadczenia były „aktualne na dzień ich złożenia” występowało na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. w kontekście instytucji środków dowodowych (uregulowanej w art. 26 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp), a jego wykładnia pozostaje nadal aktualna. Należy bowiem zauważyć, że mechanizm wprowadzony w motywie 84 i 85 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który znalazł odzwierciedlenie w ww. artykułach

---

<sup>1</sup> Wyrok z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico i Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA), ECLI:EU:C:2019:599, pkt 44.

został również uwzględniony w obecnie obowiązujących przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych wówczas już stał na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie terażniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania.

Pojęcia „aktualności dokumentów” nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne, nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem.<sup>2</sup>

W obecnym stanie prawnym, podobnie jak w poprzednio obowiązującym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy etap dokonywany jest w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu o „aktualne na dzień złożenia” podmiotowe środki dowodowe, jeżeli Zamawiający wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia - zawarcia umowy. Znajduje to potwierdzenie w treści art. 110 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że podmiotowe środki dowodowe składane w wyniku wezwania w trybie art. 126 ust. 1 lub 274 ust. 1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Przedłożone w trybie art. 126 ust. 1 lub 274 ust. 2 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu

---

<sup>2</sup> Por. Opinia UZP pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”. Podobnie stanowisko zajmowała Krajowa Izba Odwoławcza: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r. KIO 280/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2020 r. KIO 294/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2019 r. KIO 1551/19; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. KIO 430/20.

wstępnym, a przez fakt, że przedłożone środki są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły.

Tym samym, w obecnym stanie prawnym w dalszym ciągu zachowuje aktualność stanowisko przyjmujące, że wykonawca ma spełniać warunki udziału w postępowaniu nieprzerwanie, przez cały okres postępowania<sup>3</sup>. Podobnie prezentowany jest pogląd, aby środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu (podmiotowe środki dowodowe) były aktualne na dzień ich złożenia, tj. potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili ich złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2022 r. sygn. KIO 3753/21, zgodnie z którym:

*„(...) postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania, już od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert. Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres”.*

Podobnie w doktrynie prezentowany jest pogląd w świetle, którego:<sup>4</sup> „wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert. Stan ten powinien trwać przez cały okres postępowania. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji (jeśli zostały określone) wykonawca do wniosku albo do oferty zobowiązany jest dołączyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu o wartości właściwej dla stosowania art. 126 ustawy Pzp oświadczenie to składane jest na formularzu jednolitego dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie dokonywane na podstawie art. 126 PZP wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. „Aktualny”, zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają zatem stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień

<sup>3</sup> Por. Komentarz do art. 126 ustawy Pzp w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, www.uzp.gov.pl

<sup>4</sup> Komentarz do art. 126 ustawy Pzp w: M. Jaworska red. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, wyd. 3 źródło: SIP Legalis

*ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie powinny potwierdzać, że na dzień ich złożenia stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia jednolitego dokumentu. Zatem aktualność podmiotowych środków dowodowych nie może być utożsamiana z datą ich wystawienia. Wyraża się w obrazowaniu bieżącej sytuacji wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, która powinna mieć charakter trwały od dnia złożenia oświadczenia na jednolitym dokumencie.”*

Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być zatem aktualne na dzień ich złożenia. Z tym, że za aktualny na gruncie ww. art. 274 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać podmiotowy środek, który będzie potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili jego złożenia (co nie było kwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli) ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne należy powtórzyć za treścią Informacji o wyniku o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 maja 2022 r., że przedłożona przez Wykonawcę U polisa wraz z aneksem wskazuje, że Wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonego w Dziale IX pkt 1 ppkt 1 SWZ, na dzień składania i otwarcia ofert, tj. na dzień 25 maja 2021 r. Z ww. dokumentów wynika bowiem, że na dzień 25 maja 2021 r. Wykonawca U był co prawda ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednak na niższą kwotę niż ta którą Zamawiający wymagał w SWZ.

Należy również wskazać, że Wykonawca U złożył wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp świadczące o tym, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu po czym dopiero w dniu 9 czerwca 2021 r. zawarł aneks do polisy zwiększający kwotę ubezpieczenia do wymaganej w postępowaniu, tj. do kwoty 4 000 000 zł. Powyższe podważa prawdziwość treści złożonego przez ww. Wykonawcę oświadczenia, stanowiącego tymczasowy dowód zastępujący wymagany przez zamawiającego podmiotowy środek dowodowy.

Zamawiający twierdzi, że nie ma żadnych podstaw prawnych, aby kwestionować na etapie składania ofert prawdziwość oświadczenia składanego przez wykonawcę, dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonanie weryfikacji w tym zakresie możliwe jest w oparciu o przedłożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, które tak jak w niniejszym przypadku mogą dostarczyć Zamawiającemu informacji świadczących o tym, że na moment złożenia oświadczenia wykonawca, wbrew zapewnieniom, nie spełniał postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający prezentując swoje stanowisko w zastrzeżeniach wydaje się pomijać okoliczność, że Wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania aż do zawarcia umowy (podobnie brak podstaw wykluczenia musi zachodzić przez cały czas trwania postępowania). Wykonawca na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawiając podmiotowy środek dowodowy, powinien potwierdzić, że w dalszym ciągu spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem



zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 000 000 PLN, a nie wskazywać, że dopiero po upływie terminu składania ofert poczynił starania, aby ten warunek spełnić.

Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, w kontekście regulacji art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, iż: „Powyższa wykładania nie oznacza, że podmiotowe środki dowodowe nie mogą być wystawione z datą przypadającą po upływie terminu składania ofert. Istotne jest bowiem to, aby ich treść nie negowała prawdziwości złożonego wcześniej zakresie oświadczenia wstępnego”. W kontrolowanej sprawie mamy właśnie do czynienia z takim przypadkiem, gdzie treść przedłożonego podmiotowego środka dowodowego wprost neguje złożone wcześniej oświadczenie wstępne, stanowiące, że na dzień składania ofert wykonawca spełnia warunek w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 000 000 PLN.

Należy również zauważyć, że zdaniem Zamawiającego nie może ponosić on ewentualnych ujemnych skutków prawnych związanych z wykładnią art. 274 ust. 1 ustawy Pzp przedstawioną w ww. wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2022 r. sygn. KIO 3753/21, zacytowanym w Informacji o wyniku kontroli z dnia 23 maja 2022 r., który nie istniał jeszcze w okresie przeprowadzania przez niego postępowania. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, iż powołanie się na wskazany wyrok miało na celu posiłkowanie się poglądem wyrażonym przez KIO i nie obejmowało twierdzenia, że Zamawiający jest tym wyrokiem związany.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania oraz udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień nie wynika, aby Zamawiający wezwał Wykonawcę U w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 000 000 PLN również na dzień składania i otwarcia ofert.

Ostatecznie powyższe okoliczności świadczą o tym, że Zamawiający był zobowiązany do tego, aby dokonać odrzucenia oferty Wykonawcy U, który nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wymagany na gruncie kontrolowanego postępowania, a mimo to zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Stosownie do brzmienia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 23 maja 2022 r. naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy U do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca ten jest ubezpieczony

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego, tj. nie mniejszą niż 4 000 000 mln zł, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy U, który nie spełniał ww. warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 25 czerwca 2022 r.<sup>5</sup> o sygn. akt KIO/KD 17/22 wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont i przebudowa części podziemi zlokalizowanych wzdłuż murów obronnych z uwzględnieniem zabezpieczenia oraz dostosowania obiektu do obsługi ruchu turystycznego w Bystrzycy Kłodzkiej” (znak postępowania: WTikF.271.1.2021.ZP).

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 17/22).

**Załączniki:**

- Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 17/22);
- kopia pisma Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 r. w przedmiocie omyłek pisarskich w ww. uchwale.

---

<sup>5</sup> W uchwale omyłko wskazano datę 25 czerwca 2022 r. o czym szerzej w załączonym piśmie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 r.