



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ6.440.12.2024.MRD
dot. KU/12/24/DKZP

Warszawa, dnia 15.03.2024 r.

Pan

Andrzej Osipów

**Dyrektor Regionu Północnego
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
Centrum Realizacji Inwestycji
Region Północny
ul. Dyrekcyjna 2-4
80-852 Gdańsk**

e-mail: ire.polnocny@plk-sa.pl

weronika.plomin-warkusz@plk-sa.pl

Szanowny Panie Dyrektorze,

Uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), przeprowadził kontrolę uprzednią prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych podstacji na linii kolejowej nr 38 na odcinku Etłk – Korsze w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Giżycko-Korsze wraz z elektryfikacją” (nr postępowania: 9090/IREZA2/08512/02119).

Zgodnie z art. 616 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* w załączeniu przesyłam Informację o wyniku kontroli uprzedniej.

Z poważaniem

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

DYREKTOR

Departament Kontroli Zamówień Publicznych


Zbigniew Wiecha

Załącznik:

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej KU/12/24/DKZP.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ6.440.12.2024.MRD

dot. KU/12/24/DKZP

Warszawa, dnia 15.03.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
Centrum Realizacji Inwestycji
ul. Targowa 74
03-734 Warszawa

w imieniu której postępowanie prowadzi:
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
Centrum Realizacji Inwestycji Region
Północny
ul. Dyrekcyjna 2-4
80-852 Gdańsk

Rodzaj zamówienia:

roboty budowlane

Rodzaj procedury:

zamówienie sektorowe

Przedmiot zamówienia:

Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych podstawcji na linii kolejowej nr 38 na odcinku Ełk-Korsze w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Giżycko-Korsze wraz z elektryfikacją”

Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy)
Data wszczęcia postępowania:	24.05.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023/S 101-316589
Wartość zamówienia:	287 500 000,00 zł (64 554 517,69 euro)
Środki UE:	zamówienie przewidziane do realizacji w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonych naruszeniach:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm reprezentowanego przez Budimex S.A. do uzupełnienia oświadczenia podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s. o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dla podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s., potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert;
- 2) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmiany/wykreślenia treści punktu 24.6 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia - Instrukcja dla Wykonawców, w zakresie odnoszącym się do możliwości badania dalszych podwykonawców w przedmiocie podstaw wykluczenia.

UZASADNIENIE

1. Zgodnie z punktem 9.5. Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), „zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia Podmiotowych Środków Dowodowych, a w przypadku polegania przez wykonawcę

na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby – do złożenia Podmiotowych Środków Dowodowych w zakresie pkt 9.7.1÷ 9.7.3 oraz pkt 9.7.5 IDW dotyczących tych podmiotów”.

Wśród podmiotowych środków dowodowych, wymaganych od podmiotu udostępniającego zasoby, w punkcie 9.7.3. SWZ, znalazło się „oświadczenie wykonawcy/podmiotu na którego zdolności lub sytuacji polegać będzie wykonawca o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy (dotyczy wykonawców/wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) / 125 ust. 5 Ustawy (dotyczy podmiotu na którego zdolności lub sytuacji polegać będzie wykonawca), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 3 Ustawy;
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego;
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
- d) art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy;
- e) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny;
- f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy;
- g) art. 109 ust. 1 pkt 3 Ustawy, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny;
- h) art. 109 ust. 1 pkt 7–10 Ustawy;
- i) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. poz. 835) oraz w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 5 k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 6 do IDW)”.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 28.02.2024 r., zamawiający został wezwany do udzielenia wyjaśnień, na jakiej podstawie (ostatecznie) uznał, że konsorcjum reprezentowane przez Budimex S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1 b) SWZ.

Dnia 29.02.2024 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca Budimex S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w dniu 07.09.2023 r. przesłał żądane dokumenty.

Następnie, na podstawie przesłanych dokumentów, Komisja przetargowa zbadała czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W złożonym na wezwanie Zamawiającego Załączniku nr 3 do IDW – Wykaz robót budowlanych z dnia 07.09.2023 r. Wykonawca wskazał wykonanie następującego zamówienia: „Wykonanie prac budowlano-montażowych związanych z budową podstacji trakcyjnej PT Kramsk” zrealizowanego na rzecz PKP Energetyka S.A. przez podmiot trzeci tj. Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe OLMEX S.A.

Z załączonego Poświadczenia, które stanowiło Protokół Odbioru Końcowego z dnia 27.10.2021 r., spisane przez przedstawicieli PKP Energetyka S.A. oraz OLMEX S.A., wynikało, że termin wykonania robót określonych w umowie został niedotrzymany. Protokół wskazywał, że roboty winny zostać wykonane, zgodnie z Aneks nr 1, do dnia 28.12.2020 r., natomiast rzeczywisty termin ich wykonania to 27.07.2021 r. (zgłoszenie zakończenia prac do PINB/WINB), a zgłoszenie gotowości do odbioru nastąpiło w dniu 10.09.2021 r.

Niedotrzymanie terminu wykonania robót nie mogło stanowić podstawy do uznania, że zostały one wykonane należycie. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego, przedłożony przez Wykonawcę wykaz robót budowlanych nie potwierdził wymagania dotyczącego budowy lub przebudowy Podstacji Trakcyjnej, co uniemożliwiło stwierdzenie, że Wykonawca spełniał warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w pkt. 8.6.1 b) IDW.

W dniu 28.09.2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Termin odpowiedzi na wezwanie został wyznaczony na dzień 05.10.2023 r., jednakże na prośbę Wykonawcy został on przedłużony do 12.10.2023 r., a następnie do 16.10.2023 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył niezbędne dokumenty.

Wykonawca na spełnienie warunku wskazanego w 8.6.1 b) IDW przedstawił poświadczenie, które stanowiło Zaświadczenie Zarządu Dróg Kolejowych w sprawie należytego wykonania i zakończenia robót budowlanych (Sygn. Akt: 1120/2023-SZ-SSZ-UT PHA) przetłumaczone z języka czeskiego, z którego wynikało, że zakres robót obejmował:

- rozbiórkę istniejącej stacji przetwórczej oraz istniejącej rozdzielni 110 kV,
- budowę prowizorycznej stacji zasilającej wraz z budynkiem ochron,
- budowę nowej rozdzielni 110 kV,
- budowę nowej stacji zasilania trakcji (PT) z dostawą nowej technologii sterowania zdalnego trakcją i rozdzielni 22 kV, 6 kV oraz 3 kV,
- kompletną przebudowę obiektów lądowych i dróg na terenie stacji zasilania trakcji,

- podłączenie istniejących linii trakcyjnych do nowego zasilania trakcji.

W załączonych dokumentach brak natomiast informacji o budowie lub przebudowie linii zasilającej do podstacji trakcyjnej PT Rostoklaty, która stanowiła jeden z elementów ww. warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, uniemożliwiło to stwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w pkt. 8.6.1 b) IDW.

W związku z powyższym w dniu 25.10.2023 r. Wykonawca na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy został wezwany do wyjaśnienia, czy w ramach zadania pn. „Zwiększenie wydajności trakcyjnej PT Rostoklaty” realizowanego przez inny podmiot trzeci tj. Elektrizace Železníc Praha a.s. dokonano również budowy lub przebudowy linii zasilającej pomiędzy stacją energetyczną a podstacją trakcyjną PT Rostoklaty. Termin udzielenia odpowiedzi został wyznaczony na dzień 30.10.2023 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył oświadczenie podmiotu trzeciego, które potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Zamawiający uznał więc, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w 8.6.1 b) IDW na podstawie roboty pn. „Zwiększenie wydajności trakcyjnej PT Rostoklaty” wykonanej przez podmiot trzeci Elektrizace Železníc Praha a.s.”

Z uwagi na powyższe wyjaśnienia, pismem z dnia 04.03.2024 r. zamawiający został poproszony o uzupełnienie dokumentów w poniższym zakresie:

„W dokumentacji postępowania znajdują się podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu Elektrizace Železníc Praha a.s.” (złożone przy piśmie z dnia 16.10.2023 r.), w których brakuje oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (wymaganego od podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z pkt. 9.5. SWZ).

Należy mieć na uwadze, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, natomiast oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp potwierdza brak podstaw wykluczenia na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania zamawiającego.”

W związku z powyższym, zamawiający został poproszony o uzupełnienie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, złożonego przez podmiot Elektrizace Železníc Praha a.s.

- podłączenie istniejących linii trakcyjnych do nowego zasilania trakcji.

W załączonych dokumentach brak natomiast informacji o budowie lub przebudowie linii zasilającej do podstacji trakcyjnej PT Rostoklaty, która stanowiła jeden z elementów ww. warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, uniemożliwiło to stwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w pkt. 8.6.1 b) IDW.

W związku z powyższym w dniu 25.10.2023 r. Wykonawca na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy został wezwany do wyjaśnienia, czy w ramach zadania pn. „Zwiększenie wydajności trakcyjnej PT Rostoklaty” realizowanego przez inny podmiot trzeci tj. Elektrizace Železnic Praha a.s. dokonano również budowy lub przebudowy linii zasilającej pomiędzy stacją energetyczną a podstacją trakcyjną PT Rostoklaty. Termin udzielenia odpowiedzi został wyznaczony na dzień 30.10.2023 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył oświadczenie podmiotu trzeciego, które potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Zamawiający uznał więc, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w 8.6.1 b) IDW na podstawie roboty pn. „Zwiększenie wydajności trakcyjnej PT Rostoklaty” wykonanej przez podmiot trzeci Elektrizace Železnic Praha a.s.”

Z uwagi na powyższe wyjaśnienia, pismem z dnia 04.03.2024 r. zamawiający został poproszony o uzupełnienie dokumentów w poniższym zakresie:

„W dokumentacji postępowania znajdują się podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu Elektrizace Železnic Praha a.s.” (złożone przy piśmie z dnia 16.10.2023 r.), w których brakuje oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (wymaganego od podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z pkt. 9.5. SWZ).

Należy mieć na uwadze, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, natomiast oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp potwierdza brak podstaw wykluczenia na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania zamawiającego.”

W związku z powyższym, zamawiający został poproszony o uzupełnienie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, złożonego przez podmiot Elektrizace Železnic Praha a.s.

Dnia 08.03.2024 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z zapisami art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie żądał od podmiotu udostępniającego zasoby Elektrizace Železnic Praha a.s. oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (tożsamego z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp składanego przez Wykonawcę) z uwagi na to, że treść podmiotowego środka dowodowego odpowiadałaby zakresowi ww. oświadczenia.

Wykonawca w swojej ofercie wskazał inny podmiot udostępniający zasoby, który wg Zamawiającego nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełniania dokumentów w zakresie podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, Wykonawca dokonał zmiany podmiotu trzeciego na Elektrizace Železnic Praha a.s., przedkładając ważny na dzień jego złożenia Jednolity Dokument.

W opinii Zamawiającego obowiązek żądania oświadczenia o aktualności informacji, o którym mowa w pkt 9.5 IDW dotyczyłby sytuacji, w której Wykonawca wraz ze składaną ofertą przedstawiłby Jednolity Dokument podmiotu udostępniającego zasoby, który wymagany jest w celu wstępnego wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowiącego tymczasowy dowód na dzień składania ofert.

W związku z faktem, że na dzień składania ofert nie zaistniał podmiot Elektrizace Železnic Praha a.s. (został wskazany przez Wykonawcę dopiero na etapie uzupełniania podmiotowych środków dowodowych) oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp było aktualne na dzień, w którym Wykonawca powołał się na zasoby ww. podmiotu.

Konstrukcja złożonego JEDZ uwzględniała wszystkie przesłanki wykluczenia regulowane art. 108 i 109 ustawy Pzp. Stąd na tym samym etapie Zamawiający musiałby żądać dwóch rodzajów oświadczeń, które co do zasady odnoszą się do tych samych podstaw wykluczenia.

Takie działanie w opinii Zamawiającego byłoby nieuzasadnione i bezcelowe. Zamawiający przy podjęciu decyzji o zaniechaniu wezwania do złożenia przedmiotowego oświadczenia kierował się myślą zawartą w art. 127 ustawy zakazującą wzywania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy podmiotowym środkiem dowodowym byłoby oświadczenie, którego treść odpowiadałaby zakresowi oświadczenia składanego w JEDZ”.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, co następuje.

Katalog podmiotowych środków dowodowych, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia określony został w § 2 rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), zwanym dalej „rozporządzeniem”.

Zasadą jest, że zamawiający żąda w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne podmiotowych środków dowodowych, określonych § 2 ww. rozporządzenia. Jednym z podmiotowych środków dowodowych wymienionych w § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia jest oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (§ 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp.

Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku polegania przez wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby zgodnie z art. 118 ustawy Pzp. W takiej sytuacji wykonawca przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (art. 125 ust. 5 ustawy Pzp). Wykonawca ma również obowiązek przedstawić oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp. Powyższy obowiązek wynika z art. 119 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania 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.

W tym miejscu należy podkreślić, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert - jest to tzw. oświadczenie wstępne (art. 125 ust. 3 ustawy Pzp). Natomiast oświadczenie wskazane w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia potwierdza, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania zamawiającego.

Powyższe oznacza, że zarówno wykonawca, jak i podmiot udostępniający zasoby, mają obowiązek złożyć zarówno oświadczenie w formie JEDZ, jak również oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym - JEDZ. Wynika to z faktu, że każde z tych dwóch oświadczeń potwierdza sytuację podmiotową na inny moment postępowania. W związku z tym, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż zakres (treść) oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ pokrywa się z treścią oświadczenia wstępnego - JEDZ.

Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawca ubiegający się o zamówienie musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania od początku swojego udziału w postępowaniu, tj. na dzień złożenia oferty, jak również przez cały etap postępowania. Od powyższej zasady nie ma odstępstwa również w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów czy też zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 122 ustawy Pzp. W tym drugim przypadku, gdy podmiot udostępniający zasoby zostaje zastąpiony innym podmiotem już po złożeniu oferty, wykonawca również ma obowiązek wykazać, a zamawiający zbadać, czy wobec tego nowego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia zarówno na moment złożenia oferty przez wykonawcę, jak i na moment złożenia przez ten podmiot podmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że wykonawca powinien złożyć zarówno oświadczenie w formie JEDZ, jak i oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, dotyczące nowego podmiotu. I choć moment złożenia tych dwóch oświadczeń (data ich złożenia), a także ich treść (w zakresie podstaw wykluczenia) mogą być takie same, to należy ponownie podkreślić, że potwierdzają one sytuację podmiotową na dwa różne momenty postępowania i dlatego obydwa są niezbędne do prawidłowego i pełnego zbadania braku przesłanek wykluczenia z postępowania. Z tego powodu złożenie tylko oświadczenia w formie JEDZ, niezależnie od momentu jego złożenia, należy uznać za niewystarczające.

Odmienne wnioskowanie, tj. przyjęcie, że nowy podmiot, wprowadzany do postępowania już po złożeniu oferty w miejsce dotychczas wskazanego podmiotu udostępniającego zasoby, nie musi składać obydwu opisywanych oświadczeń, oznaczałoby brak możliwości pełnej weryfikacji sytuacji podmiotowej tego nowego podmiotu i ryzyko, że w momencie składania przez wykonawcę oferty podlegałby on wykluczeniu z postępowania. Z kolei wybór oferty wykonawcy, co do którego nie ma pewności, czy na moment składania oferty nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, należy uznać za niedopuszczalny.

W toku prowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania zamawiający argumentował, że na dzień składania ofert nie zaistniał podmiot Elektrizace Železnic Praha a.s., dlatego też oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp było aktualne na dzień, w którym wykonawca powołał się na zasoby ww. podmiotu. Powyższe stanowisko prowadzi do wniosku,

iż na dzień składania ofert konsorcjum reprezentowane przez Budimex S.A. posługiwało się potencjałem podmiotu, który nie spełniał (zdaniem zamawiającego) warunków udziału w postępowaniu, natomiast na późniejszym etapie innym podmiotem, wobec którego nie ma pewności, czy nie podlegałby wykluczeniu na dzień składania ofert. Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że konsorcjum reprezentowane przez Budimex S.A. nie wykazało, że na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i na moment składania podmiotowych środków dowodowych nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Podnoszony przez zamawiającego art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Jak zostało wskazane powyżej, oświadczenie w formie JEDZ oraz oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ potwierdzają brak podstaw wykluczenia z postępowania na inny moment postępowania, zatem bezprzedmiotowy pozostaje argument, iż treść tych oświadczeń jest taka sama.

Niezależnie od powyższego warto przytoczyć fragment uzasadnienia do ustawy Pzp, w którym mowa o planowanej regulacji, która znalazła się w przepisie art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

„(...) proponuje się, aby zamawiający nie wzywał do złożenia podmiotowych środków dowodowych

w postaci oświadczeń (np. wykazu robót budowlanych lub wykazu personelu), gdy ich treść odpowiada zakresowi oświadczenia zawartego w jednolitym dokumencie. Proponowana zmiana ma na celu wyeliminowanie sytuacji, w których oświadczenie składane jest przez wykonawcę jako oświadczenie wstępnie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a następnie to samo oświadczenie (ewentualnie rozbudowane), jako środek dowodowy potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”

Przytoczony fragment uzasadnienia wskazuje, że art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś do przesłanek wykluczenia z postępowania.

Jeśli zatem wykonawca w sposób kompleksowy wypełni oświadczenie w formie JEDZ (zamiast złożenia ogólnego oświadczenia w sekcji alfa o spełnieniu wszystkich kryteriów kwalifikacji), podając wszystkie informacje potrzebne do weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wówczas zamawiający może odstąpić od wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych o takiej samej treści (np. wykazu robót budowlanych). W odniesieniu bowiem do niektórych warunków udziału w postępowaniu nie ma potrzeby potwierdzania ich aktualności, gdyż stanowią zaistniały fakt, który nie może ulec zmianie w toku postępowania (np. wykonanie robót budowlanych). Inaczej sytuacja wygląda w przypadku przesłanek wykluczenia z postępowania, które mogą zaistnieć zarówno przed

złożeniem oferty, jak również w toku postępowania. Niewykluczona jest także sytuacja, w której na dzień składania ofert istnieje przesłanka wykluczenia, natomiast w toku postępowania ta przesłanka znika – np. na skutek zatarcia skazania. Dlatego konieczne jest złożenie zarówno oświadczenia wstępnego w formie JEDZ, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na dzień składania oferty, jak również oświadczenia o aktualności tych informacji na dalszym etapie postępowania.

W kontrolowanym postępowaniu, zgodnie z punktem 9.5. i 9.7.3. SWZ, zamawiający żądał złożenia przez podmiot udostępniający zasoby oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum firm reprezentowane przez Budimex S.A. nie przedłożyło ww. oświadczenia dla podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s. (w dokumentacji postępowania znajduje się wyłącznie oświadczenie w formie JEDZ złożone przez ww. podmiot). Jak zostało wykazane powyżej, nie istnieją żadne przesłanki faktyczne ani prawne do odstąpienia przez zamawiającego od żądania wynikającego z przepisów ustawy Pzp oraz zapisów SWZ do złożenia przez ww. podmiot oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawą do takiego odstąpienia nie jest również przepis art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie natomiast 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.

Reasumując powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający miał obowiązek wezwać konsorcjum firm reprezentowane przez Budimex S.A. do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s. o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego obowiązku stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Mając na uwadze powyższe naruszenie, Prezes Urzędu na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaleca zamawiającemu wezwanie konsorcjum firm reprezentowanego przez

Budimex S.A. do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s. o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

W sytuacji, gdyby jednak zamawiający uznał, iż oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp złożone przez wykonawcę konsorcjum Budimex S.A. dla podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s., potwierdza brak podstaw wykluczenia ww. podmiotu na dzień jego złożenia, Prezes Urzędu zaleca zamawiającemu wezwanie wykonawcy konsorcjum Budimex S.A. do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dla podmiotu Elektrizace Železnice Praha a.s., potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert.

2. Zamawiający, w punkcie 24.5 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia - Instrukcja dla Wykonawców (dalej „SWZ - IWD”), wskazał: *„Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt 8.7 IDW, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę innym Podwykonawcą lub zrezygnować z powierzania wykonania części Zamówienia danemu Podwykonawcy pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części Zamówienia.”* Ponadto w punkcie 24.6 SWZ IWD zamawiający wskazał, że *„Zapisy pkt 24.4 oraz 24.5 IDW mają zastosowanie do dalszych Podwykonawców”*.

Mając powyższe na uwadze, pismem z dnia 28 lutego 2024 r., poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień wskazujących, w oparciu o jakie dokumenty lub oświadczenia zamawiający zamierzał badać podstawy wykluczenia wobec dalszych podwykonawców.

Dnia 29 lutego 2024 r. zamawiający wyjaśnił, że „(...) dyspozycja wskazana w pkt 24.6 SWZ (IDW), z której wynika, że „Zapisy pkt 24.4 oraz 24.5 IDW mają zastosowanie do dalszych Podwykonawców” znalazła się w IDW omyłkowo i nie ma zastosowania na etapie prowadzenia procedury przetargowej na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605.) jak również na etapie realizacji przedmiotowej umowy.”

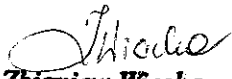
Mając na uwadze powyższe ustalenia, należy podnieść, iż zgodnie z 137 ust. 1 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu możliwość zmiany treści SWZ. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany treści SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian treści SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ etc. A zatem, brak dokonania zmiany/wykreślenia treści punktu 24.6 SWZ - IWD

w zakresie odnoszącym się do możliwości badania dalszych podwykonawców w przedmiocie podstaw wykluczenia, stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych
DYREKTOR
Departament Kontroli Zamówień Publicznych

Zbigniew Wiecha