

**Sygn. akt: KIO 2406/20**

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 21 września 2020 roku przez wykonawcę DSV Air & Sea spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Duchnice

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polfrost Internationale Spedition spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Enret Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2406/20 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie *postępowania publicznego prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych* na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DSV Air & Sea spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Duchnice tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa – 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie na rzecz wykonawcy wykonawcę DSV Air & Sea spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Duchnice kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi *postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2020 roku pod numerem 2020/S 143-352853.

21 września 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonanej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonych przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie („PLL LOT”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Enter Air Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej łącznie zwani „Konsorcjum Polfrost”), co w konsekwencji doprowadziło do zaproszenia tych wykonawców do składania ofert w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu:

- 1) naruszenie art. 51 ust. aa w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy przez błędną ocenę wniosku złożonego w Postępowaniu przez PLL LOT i uznanie, że wykonawca ten złożył wniosek na obie części zamówienia (oba zadania) i spełnia wymagane dla powyższego warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie), podczas gdy intencję w powyższym zakresie można było odczytać dopiero z treści uzupełnionego wykazu usług złożonego w dniu 26 sierpnia 2020 r., co nastąpiło po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a zatem należało przyjąć, że wykonawca złożył swój wniosek wyłącznie na jedną część zamówienia (na jedno zadanie), co jednoznacznie wynikało z treści pierwotnie przedłożonego wniosku, w przypadku uznania przez Izbę, że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, zarzucam naruszenie:

- 2) naruszenie art. 51 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania PLL LOT do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w pozycji 2 wykazu usług uzupełnionego w dniu 26 sierpnia 2020 r. potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu ustalonego w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2, podczas gdy PLL LOT nie wykazał na podstawie obu złożonych w dniu 26 sierpnia 2020 r. dokumentów (tj. zarówno zmodyfikowanego wykazu usług, jak i załączonego do niego listu referencyjnego), że spełnia warunek udziału w Postępowaniu ustalony w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2, a tym bardziej, że wskazana przez niego usługa jest wykonywana należycie;
- 3) niezależnie od powyższych zarzutów Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 51 ust. 1a w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez błędną ocenę wniosku złożonego w Postępowaniu przez Konsorcjum Polfrost i uznanie, że wykonawca ten wykazał brak zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy, a w konsekwencji zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że na dzień 24 sierpnia 2020 r. wykonawca ten nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, podczas gdy z treści złożonych przez Konsorcjum Polfrost dokumentów wynikało, że konsorcjant tego wykonawcy (Enter Air Sp. z o.o.) posiada zaległość podatkową z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2019 r. w wysokości 2 962 351 zł, a Konsorcjum Polfrost nie przedłożyło jakiegokolwiek innego dokumentu potwierdzającego, że na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu ta zaległość była w jakikolwiek sposób uregulowana.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, a także nakazanie Zamawiającemu:

- w przypadku uwzględnienia zarzutu 1 - unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a także następującej po niej czynności zaproszenia do składania ofert, dokonanie ponownej weryfikacji wniosku przedłożonego przez PLL LOT i uznanie na tej podstawie, że wniosek ten został złożony wyłącznie dla Zadania nr 1, dla którego prowadzone jest Postępowanie,
- w przypadku uwzględnienia zarzutu 2 - unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a także następującej po niej

czynności zaproszenia do składania ofert, wezwania PLL LOT do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w pozycji 2 wykazu usług uzupełnionego w dniu 26 sierpnia 2020 r. potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu ustalonego w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2, w szczególności, że jest ona wykonywana należycie,

- w przypadku uwzględnienia zarzutu 3 - unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a także następującej po niej czynności zaproszenia do składania ofert, wezwania Konsorcjum Polfrost do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że na dzień 24 sierpnia 2020 r. członek Konsorcjum Polfrost, tj. Enter Air Sp. z o.o., nie posiadał zaległości podatkowej wykazanej w przedłożonym w toku Postępowania zaświadczeniu z urzędu skarbowego (w wyniku dokonania jej spłaty najpóźniej we wskazanej dacie) albo że w stosunku do tej zaległości została już wydana w tej dacie decyzja o rozłożeniu jej na raty lub o umorzeniu stwierdzonych zaległości z innych przyczyn.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy posiada on zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w petitum niniejszego odwołania przepisów tej ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jako jedyny wykonawca złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (na oba zadania), który nie budzi jakichkolwiek wątpliwości z punktu widzenia spełnienia wymagań z treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe dotyczy zarówno spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu (dla obu zadań), jak również wykazania braku zaistnienia przesłanek wykluczenia. Z kolei potwierdzenie się stawianych zarzutów stworzy dla Odwołującego sytuację, w której jego szanse na uzyskanie zamówień udzielanych na podstawie zawartej umowy ramowej (która będzie stanowiła zwieńczenie Postępowania) będą większe, ponieważ wykonanie przez Zamawiającego wnioskowanych czynności w dalszej konsekwencji może doprowadzić do zmniejszenia liczby wykonawców będących stronami umowy ramowej dla poszczególnych zadań.

Tym samym bezpodstawne zakwalifikowanie przez Zamawiającego wykonawców konkurujących z Odwołującym do obydwu zadań, dla których prowadzone jest Postępowanie, naraża Odwołującego na szkodę, ponieważ zmniejsza jego szanse na uzyskanie zamówień udzielanych na podstawie przyszłej umowy ramowej. Pogląd

o dopuszczalności kwestionowania zakwalifikowania wykonawców konkurujących z podmiotem korzystającym ze środków ochrony prawnej w ramach postępowania mającego na celu zawarcie umowy ramowej nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał następujący stan faktyczny - Zamawiający pozostaje jednostką wojskową, która w strukturach Wojska Polskiego prowadzi postępowania mające na celu wyłonienie wykonawców - stron umów ramowych, których przedmiotem pozostaje transport osób (żołnierzy) lub towarów na potrzeby polskich Sił Zbrojnych RP. Z uwagi na powyższe w dniu 27 lipca 2020 r. Zamawiający wszczął Postępowanie (w trybie przetargu ograniczonego) na zawarcie umowy ramowej, na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych z podziałem na dwie części (zadania) (punkt 11.1.5) treści ogłoszenia o zamówieniu. Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów działu III rozdział 4a PZP (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Na potrzeby złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli m.in. wykazać spełnienie warunków udziału (oddzielnie dla każdej części), a także brak zaistnienia przesłanek wykluczenia z Postępowania:

- w zakresie warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający wymagał w szczególności, aby wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków wykonał minimum 1 (jedną) usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (punkt III.2.3) treści ogłoszenia o zamówieniu).

Jednocześnie, z uwagi na dokonany podział zamówienia na 2 części, Zamawiający wymagał, aby wartość usługi mającej potwierdzić wymagane doświadczenie była nie mniejsza niż 400.000 PLN dla zadania nr 1 oraz 800.000 PLN dla zadania nr 2 (punkt III.2.3) treści ogłoszenia o zamówieniu).

Wymagane i opisane w powyższy sposób doświadczenie miało być udokumentowane wykazem usług (oraz odpowiednimi referencjami) przedłożonymi zgodnie z wzorem udostępnionym przez Zamawiającego (Załącznik nr 4 do wniosku), gdzie konieczne było wskazanie po 1 usłudze (oddzielnie) dla każdego zadania (wykaz usług - wzór udostępniony na stronie internetowej Zamawiającego).

*Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu (Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania). Wykaz usług - wzór udostępniony na stronie internetowej Zamawiającego Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).*

W zakresie weryfikacji przesłanek wykluczenia w stosunku do wykonawcy Zamawiający wymagał m. in. wykazania braku zaistnienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy. Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków, lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym (punkt 111.2.1) ppkt 4.2 treści ogłoszenia o zamówieniu).

*Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu (Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania).*

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został ostatecznie wyznaczony na dzień 24 sierpnia 2020 r. We wskazanym terminie swoje wnioski złożyło 3 wykonawców, tj. PLL LOT, Konsorcjum Polfrost, a także Odwołujący. W dniu 9 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że wszyscy trzej wykonawcy spełnili warunki udziału w Postępowaniu (każdy na 2 części, zadania) oraz że żaden z wykonawców nie został wykluczony z Postępowania. W konsekwencji powyższego Zamawiający tego samego dnia zaprosił wszystkich trzech wykonawców do złożenia oferty na obie części (zadania), dla którego prowadzone jest Postępowanie. Informacja o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu z 9 września 2020 r. (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania). W dniu 14 września 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu (na jego wniosek) treść wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonych przez PLL LOT oraz Konsorcjum Polfrost, a także wszelką korespondencję prowadzoną w ramach Postępowania pomiędzy Zamawiającym a tymi podmiotami. Odpowiedź Zamawiającego na wniosek Odwołującego o przekazanie mu wskazanych dokumentów Postępowania z 14 września 2020 r. (Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania).

Szczegółowa analiza treści przekazanych dokumentów doprowadziła Odwołującego do wniosku, że informacja o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu z 9 września 2020 r. jest wadliwa, a w konsekwencji wadliwa jest także czynność Zamawiającego polegająca na zaproszeniu wszystkich trzech wykonawców do składania ofert na obie części zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie.

W terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (24 sierpnia 2020 r.) swój wniosek przedłożył PLL LOT. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu do swojego wniosku PLL LOT załączył wykaz usług, w którym wskazał tylko jedną usługę. Chodziło o usługę transportu lotniczego o wartości powyżej 5.000.000 PLN realizowaną w styczniu 2019 roku na rzecz Krajowego Biura Organizacyjnego Światowych Dni Młodzieży - Konferencja Episkopatu Polski. Wskazana usługa została oznaczona jako potwierdzająca spełnienie warunku udziału w zakresie Zadania nr 1. Z kolei dla Zadania nr 2 nie wskazano jakiegokolwiek usługi, a miejsce na jej opisanie pozostawione puste.

W odwołaniu przedstawiono graficzne ujęcie omawianego fragmentu wniosku PLL LOT.

*Dowód: Załącznik nr 4 do wniosku PLL LOT złożonego w dniu 24 sierpnia 2020 r. - wykaz usług (Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania).*

Jeszcze tego samego dnia, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (tj. 24 sierpnia 2020 r.), Zamawiający wezwał PLL LOT do wyjaśnienia treści złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z uwagi na brak informacji, na jakie zadania PLL LOT złożył swój wniosek. Powyższe w ocenie Zamawiającego było uzasadnione faktem, że we wniosku o dopuszczenie nie było miejsca przewidzianego na wpisanie przez wykonawcę informacji o tym, na które zadanie składa on swój wniosek.

*Dowód: Wezwanie Zamawiającego skierowane do PLL LOT w dniu 24 sierpnia 2020 r. o złożenie wyjaśnień (Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania).*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 26 sierpnia 2020 r., PLL LOT potwierdził zamiar przystąpienia do obu zadań, dla których prowadzone jest Postępowanie. W tym celu przekazał także skorygowaną wersję przedłożonego pierwotnie wykazu usług oraz dodatkową referencję mającą potwierdzać posiadanie doświadczenia dla Zadania nr 2. Uzupełniony wykaz (w porównaniu do wersji z 24 sierpnia 2020 r.) zawierał zatem jedną nową pozycję (przyporządkowaną dla Zadania nr 2), tj. usługę transportu lotniczego o wartości powyżej 800.000 PLN realizowaną od czerwca 2020 r. (w trakcie realizacji) na rzecz NOMI Biotech Corporation Sp. z o.o. w odwołaniu przedstawiono graficzne ujęcie omawianego fragmentu zmodyfikowanego wykazu usług PLL LOT. Jednocześnie do wykazu usług z 26 sierpnia 2020 r. został załączony dokument mający potwierdzać, że usługa wskazana dla Zadania nr 2 została wykonana należycie. Dokumentem tym był list referencyjny z 8 lipca 2020 r. wystawiony przez NOMI Biotech Corporation Sp. z o.o. Treść tego dokumentu warto w tym miejscu przytoczyć w całości (z zachowaniem zanonimizowania danych osób fizycznych w nim wymienionych): *[n]iniejszym rekomenduję Dział Czarterów i AC MI Polski Linii Lotniczych LOT, a w szczególności Pana R. P... - Specjalistę ds. Handlowych oraz Panią I. S... - Kierowniczkę Działu Sprzedaży Czarterów i*



*ACMI jako zaangażowanych oraz niezwykle kompetentnych partnerów biznesowych. Nomi Biotech Corporation Sp. z o.o. wraz z tajwańską firmą Lin's International Consulting we współpracy z PLL LOT jest organizatorem pionierskich, czarterowych lotów pasażerskich na trasie Warszawa - Tajpej - Warszawa. Pragnę podkreślić, że współpraca pomiędzy naszymi firmami odbywa się w sposób wzorcowy i potwierdza pełen profesjonalizm wszystkich zaangażowanych stron, w te trudne do zrealizowania w czasach pandemii COVID-19 operacje lotnicze. Niniejszym pragnę również podziękować wszystkim pracownikom PLL LOT zaangażowanym w nasz wspólny projekt.*

*Dowód: Wykaz usług uzupełniony przez PLL LOT w dniu 26 sierpnia 2020 r. wraz z listem referencyjnym z 8 lipca 2020 r. wystawionym przez NOMI Biotech Corporation Sp. z o.o. (Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania).*

W dalszym toku Postępowania Zamawiający nie prowadził już z PLL LOT jakiegokolwiek korespondencji.

W dniu 9 września 2020 r. Zamawiający poinformował o wynikach spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wskazując w szczególności, że PLL LOT spełnił je zarówno w odniesieniu do Zadania nr 1, jak i do Zadania nr 2.

*Dowód: Informacja o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu z 9 września 2020 r. (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania).*

Uzasadnienie dla zarzutu 1 odwołania:

W świetle powyższego Zamawiający w sposób nieuprawniony ocenił wniosek złożony przez PLL LOT, uznając za skuteczne jego uzupełnienie dokonane w dniu 26 sierpnia 2020 r. i przyjęcie na tej podstawie, że intencją tego wykonawcy było od początku złożenie wniosku na obydwa zadania, dla których Zamawiający prowadzi Postępowanie. W konsekwencji powyższego doszło do nieuprawnionej oceny jakoby wykonawca ten spełnił warunki udziału w Postępowaniu dla obydwu zadań, co nastąpiło z rażącym naruszeniem przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Pozostali wykonawcy biorący udział w Postępowaniu (tj. Konsorcjum Polfrost oraz Odwołujący) wskazali jednoznacznie wymaganą na potrzeby spełnienia warunków udziału dla obydwu zadań liczbę wymaganych doświadczeń (Konsorcjum Polfrost - 2 usługi, Odwołujący - 7 usług). W świetle powyższego dokonana wyłącznie przez PLL LOT modyfikacja pierwotnie złożonego wniosku stanowiła (w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) niedopuszczalna zmianę tego wniosku po terminie składania, dokonana za pomocą uzupełnienia dokumentów, w sposób, który wpłynął na ocenę złożonego wniosku stanowiąc, *de facto*, jego modyfikację. Powyższe godziło w istotę trybu, w którym Postępowanie jest prowadzone, tj. przetargu ograniczonego.

Oprócz naruszenia wspomnianych powyżej zasad, powyższe stanowiło rażące naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy (pomimo że ten przepis nie został wprost wskazany ani przez Zamawiającego, ani przez PLL LOT). Przepis ten stanowi bowiem wyjątek od zasady, że wszystkie wymagane dokumenty, które wykonawca chce i może złożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, należy złożyć do upływu terminu składania wniosków. Nie można zatem po upływie tego terminu dowolnie kształtować zawartości tego wniosku. W szczególności nie jest uprawnionym przyjmowanie, wbrew treści pierwotnie złożonego wniosku, że został on złożony jednak na 2 części (zadania), a nie na jedna. Powyżej przywołany przepis został jednak w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym naruszony nie tylko przez PLL LOT przez uzupełnienie treści pierwotnie złożonego wniosku, ale też przez samego Zamawiającego, który wezwał wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień, pomimo że przecież z treści dokumentów wyraźnie wynikało, że wykonawca ten zainteresowany jest wyłącznie jedną częścią zamówienia (Zadaniem nr 1). Pierwotny wniosek PLL LOT nie budził zatem wątpliwości (miejsce na wpisanie doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału dla Zadania nr 2 PLL LOT pozostawił puste), wezwanie do wyjaśnień było więc niezasadne, a złożenie tych ostatnich spowodowało w istocie zmianę wniosku (złożenie nowego wniosku) po terminie na jego złożenie.

Już samo wezwanie skierowane do PLL LOT w dniu 24 sierpnia 2020 r. obarczone było wadą, to odpowiedź udzielona przez tego wykonawcę poszła jeszcze o krok dalej niż samo wezwanie, bo przekroczyła nawet zakres żądania (nieuprawnionego) skierowanego przez Zamawiającego. Sytuację zaistniałą w Postępowaniu równie dobrze można by porównać do tej, kiedy Zamawiający po terminie składania wniosków o dopuszczenie wzywa podmiot, który wniosku nie złożył w ogóle z zapytaniem, czy jednak byłby zainteresowany prowadzonym Postępowaniem, a w wyniku udzielenia odpowiedzi twierdzącej dopuszcza ten podmiot (już jako wykonawcę) do udziału w Postępowaniu. W świetle powyższego nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym doszło naruszenia podniesionych w zarzucie przepisów i błędną ocenę wniosku złożonego w Postępowaniu przez PLL LOT i uznanie, że wykonawca ten złożył wniosek na obie części zamówienia (oba zadania) i spełnia wymagane dla powyższego warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie), podczas gdy intencję w powyższym zakresie można było odczytać dopiero z treści uzupełnionego wykazu usług złożonego w dniu 26 sierpnia 2020 r., co nastąpiło po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a zatem należało przyjąć, że wykonawca złożył swój wniosek wyłącznie na jedną część zamówienia (na jedno zadanie), co jednoznacznie wynikało z treści pierwotnie przedłożonego wniosku. W związku z powyższym Odwołujący

wnosi o unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a także następującej po niej czynności zaproszenia do składania ofert, dokonanie ponownej weryfikacji wniosku przedłożonego przez PLL LOT i uznanie na tej podstawie, że wniosek ten został złożony wyłącznie dla Zadania nr 1, dla którego prowadzone jest Postępowanie;

Uzasadnienie dla zarzutu 2 odwołania:

Odwołujący, jak wskazał z daleko posuniętej ostrożności podniósł zarzut ewentualny, uzasadniając, że nawet jeżeli by przyjąć (z czym Odwołujący się nie zgadza), że intencją PLL LOT było od początku złożenie wniosku o dopuszczenie na obie części (zadania) zamówienia i było dopuszczalne jego uzupełnienie po terminie składania wniosków, to Odwołujący zwraca uwagę, że treść uzupełnionych dokumentów (wykaz usług oraz list referencyjny) budzą uzasadnione wątpliwości w zakresie tego, czy PLL LOT spełnia warunek udziału w Postępowaniu ustalony w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2. Z treści samego listu referencyjnego wynikają bowiem bardziej wyrazy uznania dla wskazanych w nim wprost z imienia i nazwiska osób, a także informacja o wspólnie zrealizowanym (przez PLL LOT oraz Nomi Biotech Corporation Sp. z o.o., a także jeszcze trzeci podmiot - Lin's International) projekcie. Pozostaje zatem (wciąż) otwartym pytanie, czy w takiej sytuacji rzeczywiście możemy mówić o usłudze wykonanej na rzecz konkretnego podmiotu (czego wymagało ogłoszenie o zamówieniu), czy też (bardziej) o jakimś wspólnym przedsięwzięciu realizowanym przez kilka niezależnych podmiotów. Powyższe rodzi dalsze pytania o ewentualny stopień zaangażowania PLL LOT w takie przedsięwzięcie. Niestety, pytania te z uwagi na brak szczegółowego zbadania tej kwestii przez Zamawiającego pozostają bez odpowiedzi. Jakichkolwiek wskazówek w powyższym zakresie nie udziela tym bardziej uzupełniony w dniu 26 sierpnia 2020 r. wykaz usług, ponieważ jest on w swojej treści bardzo ograniczony. W szczególności jednak na podstawie całego kompletu przedłożonych przez PLL LOT dokumentów (czyli zarówno przedłożonego w dniu 26 sierpnia 2020 r. wykazu usług, jak i listu referencyjnego) nie można jednoznacznie ustalić, o jaką konkretnie usługę chodzi w tym przypadku, a w szczególności czy spełnia ona wymagania Zamawiającego wynikające z treści ogłoszenia o zamówieniu. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że z całościowej analizy zarówno wykazu, jak i listu referencyjnego wynika, że najprawdopodobniej chodzi w tym przypadku, co najwyżej, o kilka usług realizowanych w określonym przedziale czasowym bez jednak jakiegokolwiek ich wyodrębnienia na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Trudno też jest jednoznacznie ocenić (w związku z informacją o zaangażowaniu jeszcze 2 innych podmiotów w realizowane przedsięwzięcie) faktyczny udział PLL LOT w tej usłudze czy usługach. Nawet zatem

w przypadku niepotwierdzenia się dalej idącego zarzutu Odwołującego wskazanego powyżej (zarzut 1 odwołania), w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający powinien (co najmniej) wezwać PLL LOT do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w pozycji 2 uzupełnionego w dniu 26 sierpnia 2020 r. potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu ustalonego w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2., w szczególności, że jest ona wykonywana należycie.

W terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (24 sierpnia 2020 r.) swój wniosek złożyło także Konsorcjum Polfrost.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Konsorcjum Polfrost na potwierdzenie braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 PZP dla jednego z konsorcjantów - Enter Air Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Enter Air”) - wykonawca ten przedłożył zaświadczenie z urzędu skarbowego z 18 czerwca 2020 r. Z treści przywołanego zaświadczenia wynikało, że Enter Air, na dzień wystawienia zaświadczenia, posiada zaległość podatkową w wysokości 2.962.351 PLN z tytułu CIT (podatek dochodowy od osób prawnych) za okres grudzień 2019 r. Dalej w treści tego zaświadczenia pismem odrębnym wskazano, że: *jednocześnie informujemy, iż spółka w dniu 01.06.2020 r. złożyła wniosek o odroczenie terminu płatności ww. należności.*

*Dowód: Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości z 18 czerwca 2020 r. dla Enter Air (Załącznik nr 14 do niniejszego odwołania).*

W dalszej treści wniosku o dopuszczenie Konsorcjum Polfrost nie znalazła się jakakolwiek informacja w przedmiocie rozpatrzenia wniosku o odroczenie płatności zaległej kwoty podatku dochodowego za 2019 r., złożonego przez Enter Air w dniu 1 czerwca 2020 r. Dołączona została natomiast jedynie decyzja Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z 15 lipca 2020 r. w przedmiocie odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 r. zapłaty zaliczek na podatek dochodowy od osób prawnych za marzec, kwiecień, maj i czerwiec 2020 r. w kwocie 743.200 PLN (za każdy z tych miesięcy). W decyzji tej wskazano, że została ona wydana w wyniku wniosku złożonego przez Enter Air w dniu 20 kwietnia 2020 r. (uzupełnionego pismami z 13 i 14 lipca 2020 r.). Z treści omawianej decyzji nie wynika natomiast jakakolwiek informacja o losie zaległości podatkowej z 2019 r., a także o dotyczącym jej wniosku złożonym w dniu 1 czerwca 2020 r.

*Dowód: Decyzja Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z 15 lipca 2020 r. w przedmiocie odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 r. zapłaty zaliczek na podatek dochodowy od osób prawnych dla Enter Air (Załącznik nr 15 do niniejszego odwołania).*

W dalszym toku Postępowania Zamawiający nie prowadził już z Konsorcjum Polfrost jakiegokolwiek korespondencji dotyczącej omawianej powyżej kwestii. W dniu 9 września 2020 r. Zamawiający poinformował o wynikach spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wskazując w szczególności, że żaden z wykonawców nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

*Dowód: Informacja o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu z 9 września 2020 r. (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania).*

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że Konsorcjum Polfrost wykazało brak zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy. Przepis ten wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który *naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków (...), co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków (...) wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.*

Wskazana powyżej przesłanka wykluczenia różni się od wskazanej zresztą w jej treści przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy, ponieważ w jej przypadku stwierdzenie naruszenia w płatnościach danin publicznych (np. podatków) wcale nie musi wynikać z prawomocnego wyroku sądowego lub ostatecznej decyzji administracyjnej. W konsekwencji każda zaległość podatkowa może powodować dla wykonawcy skutek w postaci utraty możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Biorąc pod uwagę powyższe istnieją trzy przypadki dające (tak jak w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) wykonawcy, pomimo informacji zawartej w zaświadczeniu z urzędu skarbowego stwierdzającej istniejącą zaległość, możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne:

- organ podatkowy mógłby (już po wydaniu zaświadczenia) wydać decyzję o rozłożeniu na raty zaległych płatności,
- taki sam skutek mogłaby wywołać decyzja wspomnianego organu o umorzeniu z innych przyczyn stwierdzonej zaległości,
- podobny skutek zostałby osiągnięty w wyniku dokonania spłaty stwierdzonej w zaświadczeniu zaległości podatkowej przez wykonawcę.

Najważniejsze w ocenie Odwołującego jest to, że do czasu wydania czy decyzji w powyższym zakresie czy dokonanej przez wykonawcę spłaty stwierdzonej zaległości skutek w postaci istnienia zaległości podatkowej obciąża wykonawcę i skutkuje jego wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego Odwołujący dostrzegł, że Konsorcjum Polfrost nie wykazało, aby jego konsorcjant, tj. Enter Air, nie posiadał wynikającej z przedłożonego zaświadczenia z urzędu skarbowego zaległości podatkowej (w kwocie 2.962.351 PLN) na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, tzn. na dzień 24 sierpnia 2020 r. Powyższe jest tym bardziej zasadne, ponieważ do Postępowania, jako prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów działu III rozdział 4a ustawy (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa), znajduje zastosowanie art. 131e ust. 2 ustawy, z którego wynika konieczność wykazania m. in. braku zaistnienia przesłanek wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym nawet jeżeli po 24 sierpnia 2020 r. Enter Air uiszczył wymaganą zaległość podatkową za rok 2019 r. (punkt 3.12.3 powyżej) albo uzyskał decyzję o rozłożeniu na raty zaległych płatności lub umorzeniu stwierdzonych zaległości z innych przyczyn (punkty 3.12.1 oraz 3.12.2 powyżej), to powyższe i tak oznacza, że w dniu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Konsorcjum Polfrost podlegało wykluczeniu. Co również ważne, z uwagi na fakt że Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów działu III rozdział 4a ustawy (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa), nie istnieje w tym przypadku możliwość skorzystania przez Konsorcjum Polfrost z procedury wskazanej w treści art. 24 ust. 8 ustawy. Nie zmienia to jednak faktu, że przed podjęciem decyzji o ewentualnym wykluczeniu Konsorcjum Polfrost z Postępowania Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentu potwierdzającego, że na dzień 24 sierpnia 2020 r. członek Konsorcjum Polfrost, tj. Enter Air, nie posiadał zaległości podatkowej wykazanej w przedłożonym w toku Postępowania zaświadczeniu z urzędu skarbowego (w wyniku dokonania jej spłaty najpóźniej we wskazanej dacie) albo że w stosunku do tej zaległości została już wydana w tej dacie decyzja o rozłożeniu jej na raty lub o umorzeniu stwierdzonych zaległości z innych przyczyn. Dość też wspomnieć, że pozostali wykonawcy biorący udział w Postępowaniu (tj. PLL LOT oraz Odwołujący) przedłożyli dokumenty jednoznacznie potwierdzające brak istniejących zaległości podatkowych na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 września 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja



postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 29 października 2020 roku *Odpowiedź na odwołanie*.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – Zaświadczenie w zakresie informacji o niezłożeniu lub złożeniu przez podatnika deklaracji lub innego dokumentu, nieujęciu lub ujęciu przez podatnika zdarzeń w złożonej deklaracji lub innym dokumencie oraz zaleganiu lub niezaleganiu przez podatnika w podatkach wynikających z deklaracji lub innego dokumentu – z dnia 8 października 2020 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polfrost Internationale Spedition spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Enret Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Polfros lub uczestnik postępowania odwoławczego) w trakcie rozprawy:

- dowód nr 2 – Decyzja Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2020 roku dotycząca odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 roku zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych z rok 2019 w wysokości 2 962 351.00 zł przez Enter Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- dowód nr 3 – Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości z dnia 7 września 2020 roku.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 51 ust. aa w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy przez błędną ocenę wniosku złożonego w Postępowaniu przez PLL LOT i uznanie, że wykonawca ten złożył wnioski na obie części zamówienia (oba zadania) i spełnia wymagane dla powyższego warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej

(doświadczenie), podczas gdy intencję w powyższym zakresie można było odczytać dopiero z treści uzupełnionego wykazu usług złożonego w dniu 26 sierpnia 2020 r., co nastąpiło po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a zatem należało przyjąć, że wykonawca złożył swój wniosek wyłącznie na jedną część zamówienia (na jedno zadanie), co jednoznacznie wynikało z treści pierwotnie przedłożonego wniosku – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła w zakresie zarzutu nr 1 odwołania:

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał:

*II.1.8)*

*Części*

*To zamówienie podzielone jest na części: tak*

*Oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części*

*III.2.3)*

*Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe*

*Kryteria dotyczące kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia)*

*(...)*

*Zamawiający dokona oceny warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunku – wzór – załącznik Nr 1 do wniosku oraz wykazu usług – wzór – załącznik nr 4 do wniosku, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) usługę, odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.*

*Pod pojęciem usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia należy rozumieć usługę transportu lotniczego przy użyciu samolotów*

*pasażerskich. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków;*

*W celu potwierdzenia spełnienia warunku Zamawiający żąda następujących dokumentów: wykazu usług wykonanych (wzór stanowi załącznik nr 4 do wniosku) w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków;*

*(...)*

*Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów (jeżeli dotyczy)*

*Wartość każdej (pojedynczej) usługi winna być nie mniejsza niż:*

*dla zadania nr 1 – 400 000,00 zł;*

*dla zadania nr 2 – 800 000,00 zł;*

*Zamawiający opublikował Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami, w tym z załącznikiem nr 4 Wykaz usług, zawierający treść: W zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonaliśmy następujące usługi. Następnie Zamawiający zamieścił tabelę, w której odrębnie określił zadanie nr 1 i zadanie nr 2 i dla każdego z nich wymagał podania informacji dotyczących przedmiotu usługi, wartości brutto usługi, daty wykonania oraz wskazania podmiotu na rzecz którego usługa została wykonana.*

*W treści opublikowanego Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie wymagał podania informacji odnoszącej się do tego w ramach jakiego zadania składa wniosek wykonawca.*

Wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: PPL LOT) złożył – zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego wzorem - Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: wniosek) datowany na dzień 21 sierpnia 2020 roku.

PPL LOT załączył do wniosku Wykaz usług sporządzony zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego wzorem, wypełniając jedynie tabelę w zakresie Zadania 1 i podając doświadczenie w realizacji usługi transportu lotniczego na rzecz Krajowego Biura Organizacyjnego Światowych Dni Młodzieży – Konferencja Episkopatu Polski.

W dniu 24 sierpnia 2020 roku Zamawiający zwrócił się do wykonawców, którzy złożyli wnioski o złożenie wyjaśnień:

*Zamawiający 2.Regionalna Baza Logistyczna, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień treści złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych. W złożonym przez Państwa wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brak jest informacji na jakie zadania złożyli Państwo wniosek.*

*Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych z podziałem na dwie części (zadania). Z uwagi na fakt, iż we wzorze wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było miejsca przewidzianego na wpisanie przez Wykonawcę w zakresie jakich zadań składa wniosek, Zamawiający zwraca się do Państwa o wyjaśnienie w powyższym zakresie. Niniejsze wyjaśnienie, należy przesłać Zamawiającemu w nieprzekraczalnym terminie do dnia 27/08/2020 r.*

PPL LOT w dniu 26 sierpnia 2020 roku, w odpowiedzi na powyższe wezwanie w przesłanym emailu poinformował, że *zapewniam i potwierdzam zamiar przystąpienia LOT do obu części / zadań przedmiotowego postępowania. W tym celu przekazuję skorygowany załącznik nr 4 z wykazem usług oraz dodatkowe referencje, potwierdzające spełnienie warunku.*

Wykonawca PPL LOT przedstawił Wykaz usług gdzie dla zadania nr 1 podana była usługa transportu lotniczego na rzecz Krajowego Biura Organizacyjnego Światowych Dni Młodzieży – Konferencja Episkopatu Polski, natomiast dla zadania nr 2 podana była usługa transportu lotniczego na rzecz NOMI Biotech Corporation Sp. z o.o.

### Izba zważyła:

Mając na uwadze poczynione przez Izbę ustalenia faktyczne, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie ciąży na Zamawiającym żaden ustawowy obowiązek wymagania podania we Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: wniosek) informacji odnoszących się do wskazania zadania w ramach którego wniosek jest składany. Oczywistym jest, że żądanie podania takiej informacji od wykonawców upraszcza postępowanie i ocenę wniosku jak również powoduje, że postępowanie jest przejrzyste. Oświadczenie o zakresie w jakim wykonawca bierze udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy nie jest ta informacja przedstawiona w inny sposób, wynika z załącznika nr 4 Wykazu usług, w którym wykonawca zadeklarował udział w postępowaniu w zakresie konkretnego Zadania. To Zamawiający określił zakres informacji jakich oczekuje i w oparciu o te informacje dokonuje oceny przedstawionych dokumentów.

Z żadnego dokumentu, poza Wykazem usług (załącznik nr 4), nie było wiadomo w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia w jakim zakresie składa swoje oświadczenie dany wykonawca - wartym odnotowania jest również, że prawidłowość ta dotyczyła każdego z wykonawców – każdy bowiem wypełnił dokumenty zgodnie ze wzorami Zamawiającego. Potwierdził to również sam Zamawiający wskazując w Protokole nr 4 z posiedzenia komisji, w odniesieniu do ceny wniosku innego wykonawcy co istotne, który nie odpowiedział na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24 sierpnia 2020 roku, że z *treści złożonego wniosku o dopuszczenie do wzięcia udziału w postępowaniu (z załącznika nr 4 do wniosku – wykazu usług) wynika, iż Wykonawca złożył wniosek w zakresie dwóch zadań.*

Za nieprawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego odnoszące się do oceny przedstawionych informacji przez wykonawcę w złożonym wniosku polegające na różnej ocenie informacji w odniesieniu do różnych wykonawców. Zamawiający raz twierdzi, że dany wniosek i informacje zawarte w załączniku nr 4 potwierdzają zakres złożenia wniosku w odniesieniu do ilości zadań na jaki wniosek został złożony natomiast w odniesieniu do innego wniosku tj. PPL LOT uważa, że informacje zawarte we wniosku nie potwierdzają zakresu w jakim wniosek został złożony – takie działanie Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24 sierpnia 2020 roku, które skierował Zamawiający do wykonawców dotyczyło treści informacji jakie zostały zawarte w złożonym wniosku. Jednoznacznie wzywa do wyjaśnienia okoliczności stanowiących treść tego wniosku, czyli oświadczenia jakie wykonawcy złożyli. Powołanie się na wyjaśnienie treści złożonego

wniosku wskazuje na zastosowanie przez Zamawiającego procedury z art. 87 ust. 1 ustawy, co też Zamawiający w trakcie rozprawy potwierdził. Jednocześnie w tej sprawie dostrzegalna jest jeszcze jedna okoliczność, a mianowicie Zamawiający raz za wniosek uznaje sam formularz wniosku, a raz odnosi się do wniosku jako oświadczenia zawartego w formularzu wniosku oraz załącznikach, czemu dał wyraz w Protokole nr 4 posiedzenia komisji. W ocenie Izby, w okolicznościach braku określenia przez Zamawiającego obowiązku podania w formularzu wniosku zadania (czy to 1 czy 2 lub obu), na które wniosek jest składany treść załącznika nr 4 do wniosku należy również oceniać w kontekście złożonego oświadczenia wykonawcy odnoszącego się do zadania w ramach którego składa on wniosek. Złożone oświadczenie może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, jednakże zasady wyjaśnienia złożonego wniosku uniemożliwiają skuteczne przedstawienie nowych niewskazanych wcześniej informacji po upływie terminu na ich przedstawienie.

Izba podkreśla, że w ramach składanych wyjaśnień nie jest możliwa zmiana oświadczenia wykonawcy złożonego w określonym na jego złożenie terminie w sposób akceptowalny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zasadnym wydaje się odniesienie tego przepisu również do etapu badania i oceny wniosku w postępowaniu dwuetapowym, jednakże z zachowaniem ustawowo określonej zasady, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji w zakresie złożonego wniosku oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści wniosku poza tymi określonymi w przepisie art. 87 ust. 2. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji. Ugruntowanym w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych jest stanowisko, że wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia podanych treści, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego*

*zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”.*

Mając na uwadze, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia wniosku w zakresie wybranej przez wykonawcę części (lub obu) jak również fakt, że nie wymagał podania w formularzu wniosku na którą część wykonawca składa wniosek oraz mając na uwadze, że PPL LOT złożył wniosek wraz z załącznikiem nr 4, z których to dokumentów wynikało, że wniosek dotyczy tylko zadania nr 1, a treść tego oświadczenia była jednoznaczna, w ocenie Izby nieuprawnionym było dokonanie po terminie składania wniosków jakiegokolwiek zmiany w zakresie złożonego oświadczenia. Treść oświadczenia zawartego w załączniku nr 4 – wykazu usług przedstawionym przez PPL LOT przy wniosku z 21 sierpnia 2020 roku była jednoznaczna i nie podlegała żadnemu wyjaśnieniu w zakresie jaki został przedstawiony Zamawiającemu. Przedstawiony przez PPL LOT wykaz usług w dniu 26 sierpnia 2020 roku stanowi zmianę oświadczenia odnoszącą się do ilości zadań na jakie PPL LOT składa wniosek. Faktycznie złożenie oświadczenia *zapewniam i potwierdzam zamiar przystąpienia LOT do obu części / zadań przedmiotowego postępowania*, jak również wykazu usług z wypełnieniem miejsca dla zadania 2, przez wskazanie usługi stanowi zmianę pierwotnie złożonego oświadczenia w terminie na złożenie wniosku. Czynność ta dokonana w dniu 26 sierpnia 2020 roku tj. po upływie terminu na złożenie wniosku tj. 24 sierpnia 2020 roku stanowi nowe oświadczenie wykonawcy, które nie było znane Zamawiającemu w terminie na złożenie wniosku. Fakt, że Zamawiający w przygotowanych dokumentach we wzorze formularza wniosku nie przewidział żadnego miejsca na podanie konkretnego numeru zadania, na który składany jest wniosek nie stanowi uzasadnienia dla zmiany oświadczenia zawartego w wykazie usług po terminie na składanie wniosków. Wymaga odnotowania, że Zamawiający konsekwentnie żądał wyjaśnienia złożonej treści wniosku.

PPL LOT składając swoje oświadczenie w dniu 26 sierpnia 2020 roku oraz wykaz usług w zakresie zadania 2 – które pierwotnie we wniosku złożonym w dniu 24 sierpnia 2020 roku nie uzupełnił – przedstawił nową informację, składając w ten sposób oświadczenie co do przedstawienia wniosku również w zakresie zadania nr 2. Usługa przedstawiona w ramach zadania nr 2 jest inną usługą niż ta przedstawiana w ramach zadania nr 1, jednakże kluczowe jest nie to, że usługa jest inna lecz to, że wypełniając informacje odnośnie posiadanego doświadczenia dla zadania nr 2 złożył oświadczenie w odniesieniu do złożenia wniosku w zakresie tego zadania, czego nie było we wniosku z dnia 21 sierpnia

2020 roku. Wypełnienie przez PPL LOT wykazu usług złożonego wraz z wnioskiem w terminie na jego złożenie tj. 24 sierpnia 2020 roku tylko dla zadania nr 1 pozwala na stwierdzenie, że wniosek odnosił się tylko do zadania nr 1 i że wykonawca ten miał pełną świadomość składanego oświadczenia. Dokumenty przedstawione przez PPL LOT w dniu 26 sierpnia 2020 roku zmieniają treść wniosku złożonego w terminie. Potwierdzenie jakie złożył Zamawiającemu PPL LOT w dniu 26 sierpnia 2020 roku jest skorelowane z przedstawieniem Zamawiającemu skorygowanego wykazu usług załącznika nr 4 oraz dodatkowa referencją przedstawioną na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym jest to nowe oświadczenie, którego nie można odczytać z treści wniosku, dokumentów złożonych z wnioskiem w dniu 24 sierpnia 2020 roku.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w terminie na złożenie wniosku tj. 24 sierpnia 2020 roku PPL LOT złożył wniosek jedynie dla zadania nr 1. Zamawiający w sposób nieprawidłowy z naruszeniem zasad postępowania doprowadził do zmiany treści złożonego wniosku po upływie na jego złożenie oraz dokonał oceny tego wniosku w odniesieniu do zadania nr 2. W konsekwencji w sposób nieuprawniony dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 2 (zasadność dokonanej oceny spełnienia warunku nie podlega ocenie Izby w ramach tego zarzutu odwołania), a w konsekwencji zaproszenie wykonawcy PPL LOT do złożenia oferty w zakresie zadania nr 2. W konsekwencji doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego w zarzucie (1) odwołania przepisów, w tym zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu (2) podniesionego przez Odwołującego ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu 1 tj. naruszenia art. 51 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania PLL LOT do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w pozycji 2 wykazu usług uzupełnionego w dniu 26 sierpnia 2020 r. potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu ustalonego w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2, podczas gdy PLL LOT nie wykazał na podstawie obu złożonych w dniu 26 sierpnia 2020 r. dokumentów (tj. zarówno zmodyfikowanego wykazu usług, jak i załączonego do niego listu referencyjnego), że spełnia warunek udziału w Postępowaniu ustalony w treści ogłoszenia o zamówieniu dla Zadania nr 2, a tym bardziej, że wskazana przez niego usługa jest wykonywana należycie.

Mając na uwadze, że Izba uznała za zasadny zarzut 1 wskazany przez Odwołującego jako podstawowy rozstrzygnięcie o zarzucie ewentualnym stało się bezprzedmiotowe. Należy



podkreślić, że Izba uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy po upływie terminu na skuteczne złożenie wniosku uznał oświadczenie z dnia 26 sierpnia 2020 roku o złożeniu wniosku w zakresie zadania nr 2. Tym samym bezprzedmiotowe jest orzekanie w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 2, skoro Izba uznała, że wniosek w tym zakresie nie został złożony.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 51 ust. 1a w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez błędną ocenę wniosku złożonego w Postępowaniu przez Konsorcjum Polfrost i uznanie, że wykonawca ten wykazał brak zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy, a w konsekwencji zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że na dzień 24 sierpnia 2020 r. wykonawca ten nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, podczas gdy z treści złożonych przez Konsorcjum Polfrost dokumentów wynikało, że konsorcjant tego wykonawcy (Enter Air Sp. z o.o.) posiada zaległość podatkową z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2019 r. w wysokości 2 962 351 zł, a Konsorcjum Polfrost nie przedłożyło jakiegokolwiek innego dokumentu potwierdzającego, że na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu ta zaległość była w jakikolwiek sposób uregulowana – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła w zakresie zarzutu nr 3 odwołania:

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał:

*III.2.1) Sytuacja podmiotowa*

*Kryteria dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia), w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego (...)*

*2.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 131 e ust. 1 ustawy Pzp oraz dodatkowo w art. 131 e ust. 1b pkt 1 lit. c) ustawy Pzp. Zamawiający uzna, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, zgodnie z art. 131 e ust. 1 ustawy Pzp, oraz dodatkowo w art. 131 e ust. 1b pkt 1 lit. c) ustawy Pzp jeżeli z przedstawionych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów wynikać będzie, że nie występują uwarunkowania określone w art. 131 e ust. 1 ustawy Pzp oraz dodatkowo nie występują uwarunkowania określone w art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp.*

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Polfrost Internationale Spedition spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Enret Air

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Polfros lub uczestnik postępowania odwoławczego) złożyli wniosek do którego załączyli:

- Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości z dnia 18 czerwca 2020 roku dla podmiotu Enter Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Enter) zgodnie z którym: ujawniono zaległości podatkowe wnioskodawcy wynoszące ogółem 2 962 351,00 zł z tytułu CIT z okres XII 2019 rok; zaświadczenie to zawiera również odrębną adnotację o treści: *Jednocześnie informujemy, iż spółka w dniu 01.06.2020r. złożyła wniosek o odroczenie terminu płatności ww. należności.*
- Decyzja Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2020 roku dotycząca odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 roku zapłatę zaliczek na podatek dochodowy od osób prawnych za:
  - 03/2020 r. w kwocie 743 020,00 zł,
  - 04/2020 r. w kwocie 743 020,00 zł,
  - 05/2020 r. w kwocie 743 020,00 zł,
  - 06/2020 r. w kwocie 743 020,00 zł,przez Enter Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W ocenie Izby Zamawiające błędnie ocenił złożone wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (dalej: wniosek) przez uczestnika postępowania odwoławczego dokumenty i uznał, że uczestnik postępowania odwoławczego wykazał brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy.

Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko zarówno w piśmie procesowym jak również na rozprawie potwierdza w ocenie Izby, że Zamawiający miał świadomość tego, że złożone wraz z wnioskiem dokumenty nie potwierdzają braku podstawy wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielnie zamówienia w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2. Wskazuje na to choćby argumentacja z pisma procesowego odnosząca się do załączonej do wniosku decyzji z 15 lipca 2020 roku – *Ponieważ zaś decyzja ta wydana została przed datą złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tym samym pośrednio potwierdza brak zaległości podatkowych, innych niż stwierdzonych w samej decyzji, które wskutek odroczenia terminu ich płatności przestały być należnościami zaległymi.* Zamawiający wyjaśniał również w trakcie rozprawy, że *brak wskazania w decyzji*

*z 15.07.2020r. informacji o zaległości podatkowej z 2019r. Zamawiający potraktował, jako brak tej zaległości.*

W trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego złożył do akt sprawy dowód nr 2 – Decyzję Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2020 roku dotyczącą odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 roku zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2019 w wysokości 2 962 351.00 zł przez Enter Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Z dowodu tego jednoznacznie wynika, że wydana została decyzja odnosząca się do odroczenia zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2019, co oznacza również, że ten tylko dokument potwierdza brak wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy

*W trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego wskazał, że nie załączył do wniosku tej decyzji z dowodu nr 2 jednakże zasada jest taka, że organ podatkowy nie wydałby decyzji o odroczeniu zobowiązań podatkowych z 2020r., gdyby nie była uregulowana kwestia zobowiązań podatkowych z roku 2019r. Na dzień składania wniosków zaległości podatkowych nie było.*

Jednakże w ocenie Izby argumentacja Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego nie mogła zostać uznana za prawidłową, bowiem to nie „pośrednie” jak twierdził Zamawiający wykazanie braku zaległości podatkowych stanowi wykazanie braku przesłanek wykluczenia z postępowania. Jednocześnie, skoro jak twierdzi Zamawiający i uczestnik postępowania podatkowego organ podatkowy nie wydałby decyzji o odroczeniu zobowiązań podatkowych za rok 2020, gdyby nie zostały uregulowane zobowiązania za rok 2019 to Zamawiający oceniając wniosek nie mógł jednoznacznie stwierdzić czy zaległość podatkowa została spłacona czy odroczone, a co więcej wiedział i miał pełną świadomość tego – co potwierdzają jego wyjaśnienia – że właściwe dokumenty nie zostały przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego przy założonym wniosku. Należy również odnotować, że dopiero przedstawiony dowód nr 2 w trakcie rozprawy potwierdził odroczenie zaległości podstawkowej za rok 2019, żaden inny dokument złożony wcześniej nie potwierdzał odroczenia zaległości podatkowej za rok 2019.

Izba wskazuje, że dla prawidłowego wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie regulacji z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy decyzja z dnia 15 lipca 2020 roku złożona w trakcie rozprawy jako dowód nr 2 powinna być złożona Zamawiającemu wraz z wnioskiem. Wymaga również odnotowania, że Odwołujący w trakcie rozprawy nie kwestionował przedstawionego przez uczestnika postępowania odwoławczego dowodu nr 2. W odniesieniu do dowód nr 1 złożonego przez Odwołującego Izba uznała,

że informacje jakie zostały zawarte w tym dowodzie nie są przydatne dla rozpoznania sprawy odwoławczej, bowiem odnoszą się jedynie do informacji jakie zostały przez Enter zawarte w deklaracji dla podatku dochodowego od osób prawnych za 2019 rok. Natomiast w obliczu dowodu nr 2 – decyzji dotyczącej odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 roku zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2019 w wysokości 2 962 351.00 zł przez Enter Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wtórne pozostają informacje zawarte w deklaracji.

Zamawiający w ocenie Izby zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających, że na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaległość podatkowa Enter została w jakikolwiek sposób uregulowana. Przedstawienie dokumentów, które jak twierdził Zamawiający „pośrednio” potwierdzają „jakieś” rozwiązanie tego problemu nie jest wystarczające i nie może zostać uznane za działanie prawidłowe przez Zamawiającego.

Wymaga w tym miejscu podania, że decyzja z 15 lipca 2020 roku przedstawiana jako dowód nr 2 powinna była zostać załączona do wniosku lub uzupełniona na wezwanie Zamawiającego i przez Zamawiającego podana ocenie w kontekście przesłanek wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania. Zdaje się rozumieć tą okoliczność również uczestnik postępowania odwoławczego składają decyzję jako dowód w sprawie i prowadząc argumentację zmierzającą do uznania, że potwierdzono tym na dzień orzekania brak przesłanek wykluczenia na dzień złożenia wniosku, a to powinno skutkować oddaleniem odwołania.

W ocenie Izby prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy stanowisko jest niezasadne, przy czym jednocześnie potwierdza nieprawidłowość czynności Zamawiającego co do oceny dokumentów przedstawionych wraz z wnioskiem, a mającym na celu wykazanie braku przesłanek wykluczenia w postępowania jak również nieprawidłowość czynności Zamawiającego dotycząca zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Izba ocenia czynności Zamawiającego, jak również jego zaniechania, podjęte w danym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego - które to postępowanie jest odrębnym od postępowania odwoławczego – badając czy zamawiający dokonał prawidłowo czynności oceny wniosków. Działanie strony czy uczestnika postępowania odwoławczego w postępowaniu odwoławczym nie zastępuje oraz w żaden sposób nie uzupełnia procedury

zamówienia publicznego prowadzonej przez Zamawiającego. Ocenie podlega czynność / zaniechanie Zamawiającego.

Zamawiający nie miał w ocenie Izby żadnej podstawy do uznania, że dokumenty złożone wraz z wnioskiem przez uczestnika postępowania odwoławczego potwierdzają, że wykazał on brak przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy.

W ocenie Izby zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy – do którego w swej argumentacji na rozprawie referował uczestnik postępowania odwoławczego – ustalono w toku rozprawy bezspornie, że na dzień złożenia wniosku jak również w późniejszym terminie dokumenty potwierdzające brak wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy nie zostały złożone. Zamawiający nigdy nie był w posiadaniu tych dokumentów tj. decyzji Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2020 roku dotycząca odroczenia do dnia 31 grudnia 2020 roku zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2019 w wysokości 2 962 351.00 zł przez Enter Air spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, a ponieważ Izba nie zastępuje Zamawiającego w ocenie dokumentów tylko ocenia jego czynności, to uznała, że Zamawiający nie dokonał czynności oceny tego dokumentu ponieważ go nie posiadał. To oznacza również, że uczestnik postępowania odwoławczego na etapie rozprawy potwierdził, że nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów, które odnosiły się do losów zaległości podatkowych. Izba ustaliła w trakcie rozprawy, że uczestnik postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie wykazał braku przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy, oraz ustaliła, że dopiero na etapie rozprawy przedstawił Izbie – a nie Zamawiającemu – dokument w postaci decyzji (dowód nr 2). Jednakże dowód ten nie został przedstawiony w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiającemu, Zamawiający nie poddał go ocenie i nie ten dokument stanowił podstawę czynności Zamawiającego.

Izba na dzień orzekania ustaliła, że do wniosku nie zostały złożone ww. dokumenty potwierdzające uregulowanie zaległości podatkowych Enetr oraz Izba ustaliła, że Zamawiający nie wezwał uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających brak zaległości podatkowych Enetr. Izba ustaliła, że składając wniosek uczestnik postępowania odwoławczego posiadał dokument potwierdzający odroczenie zaległości podatkowych Enter za grudzień 2019 roku jednakże złożenie tego dokumentu dopiero w trakcie rozprawy jako dowodu w sprawie odwoławczej nie konwaliduje w żaden sposób czynności Zamawiającego poddanych ocenie postępowaniu odwoławczym, a jedynie może stanowić podstawę do nakazania Zamawiającemu dokonania określonych czynności w obliczu, gdy zaniechania zostałyby mu wykazane i miałyby to wpływ

na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest tak jak twierdzi uczestnik postępowania odwoławczego, że złożenie dokumentu (dowodów) w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, który potwierdza brak przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, powoduje, że uchybienie Zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i to Zamawiający dokonuje określonych ustawą a zobowiązujących go czynności. Izba w żaden sposób nie zastępuje Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała zarzut (3) odwołania za zasadny i uznała, że Zamawiający błędnie ocenił wniosek złożony w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 przez uczestnika postępowania odwoławczego bowiem błędnie uznał, że wykonawca ten wykazał brak zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy. Izba nie nakazała wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ponieważ w postępowaniu tym zostały złożone oferty i nastąpił już wybór oferty najkorzystniejszej.

W zakresie nakazania unieważnienia postępowania publicznego prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Izba ustaliła, że w dniu 23 września 2020 roku nastąpiło otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zadania 1 złożono 3 oferty w tym ofertę uczestnika postępowania odwoławczego, a w zakresie zadania nr 2 złożono również 3 oferty w tym ofertę uczestnika postępowania odwoławczego oraz PPL LOT. Zamawiający w dniu 8 października 2020 roku ogłosił wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych.

Izba uznała za zasadny zarzuty odwołania – zarzut 1 i zarzut 3 co uzasadniła powyżej.

Uwzględniając,

po pierwsze, że doszło do złożenia i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mimo uchybień jakie w tym postępowaniu odwoławczym stwierdziła Izba w złożonych Wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: wniosek/wnioski) oraz

po drugie, mając na uwadze, że doszło do publicznego otwarcia ofert, która to czynność w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że brak możliwości unieważnienia czynności złożenia i otwarcia ofert uniemożliwia powrót do etapu postępowania o udzielnie zamówienia obarczonego wadą tj. oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Brak możliwości nakazania przez Izbę unieważnienia wadliwych czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, powoduje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy). Mając powyższe na uwadze Izba nakazała unieważnienie *postępowania publicznego prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych.*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....