

**WYROK**  
**z dnia 27 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2023 r. przez wykonawcę „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) na opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej oraz uzyskanie niezbędnych uzgodnień, pozwoleń i decyzji administracyjnych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania: „Zespół laboratoriów systemów dowodzenia, wsparcia i zabezpieczenia działań SZ RP ze szkolnym ośrodkiem dowodzenia i cyberbezpieczeństwa” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 111-349173.

I. W dniu 10 października 2023 r. wykonawca „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 146 ust. 1 pkt lit. b w zw. z art. 405 ust. 5, art. 125 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp”) poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdziły spełniania warunku udziału w Postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie udziału w Postępowaniu, pomimo, że Odwołujący złożył oświadczenie w trybie 125 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia wniosku o dopuszczeniu do udziału w Postępowaniu,
- unieważnienia czynności poinformowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu,
- powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu,
- dopuszczenia wniosku Odwołującego do udziału w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in., co następuje:

Zamawiający zgodnie z rozdziałem IX SWZ wymagał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (Załącznik nr 2 do SWZ), a także szeregu podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołujący załączył wymagane oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (Załącznik nr 2 do SWZ), które to nie było na późniejszym etapie kwestionowane przez Zamawiającego. Pismami datowanymi na 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia m.in. Wykazu osób – w części A i B, w zakresie określonym wezwaniem. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, a także złożył uzupełniony wykaz, gdzie wskazał osoby z odpowiednim doświadczeniem i uprawnieniami. W dniu 2 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, wskazując, że Odwołujący był zobligowany potwierdzić spełnianie warunku udziału w Postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. wskazać datę na jaką Odwołujący dysponował odpowiednim personelem. Zamawiający zaznaczył, że podpisanie uzupełnionych dokumentów z datą 6 września 2023 r., (tj. po terminie złożenia wniosków – 20 lipca 2023 r.), „skutkuje koniecznością uznania, iż Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowania...”. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał wybiórczej interpretacji art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, w oderwaniu od pozostałych przepisów ustawy Pzp, a także innych składanych oświadczeń przez Przystępującego, w szczególności Załącznika nr 2 do złożonego wniosku, w którym to Przystępujący złożył oświadczenie o spełnianiu warunku udziałów w Postępowaniu. Skutek jaki przypisuje się oświadczeniu złożonemu w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, to powstanie swoistego domniemania, że dokumenty podmiotowe składane w toku Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzają, że wykonawca składający ofertę spełnia warunki udziału w Postępowaniu od dnia składania ofert, niezależnie od tego czy są one składane wraz z ofertą, składane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp czy też uzupełniane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego przeciwna wykładnia wskazanego przepisu pozbawiłaby go jakiegokolwiek doniosłości prawnej, a w konsekwencji prowadziłaby do uznania, że składane oświadczenie jest instytucją martwą, pozbawioną jakiegokolwiek sensu. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby – np. wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt. KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów: „Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania

wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ.” Zdaniem Odwołującego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma fakt, że uzupełniony wykaz został podpisany z datą późniejszą, jeżeli nie wynika z niego sprzeczność z oświadczeniem złożonym na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp, co potwierdza również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych: „Również oświadczenie przedkładane po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert (np. w razie wezwania do uzupełnienia jego złożenia w sytuacji, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, albo w procedurze odwróconej), musi potwierdzać stan istniejący na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Nie oznacza to jednak, że nie może być wystawione z datą późniejszą.” (por. red. H. Nowak, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023, art. 125).

II. W dniu 25 października 2023 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając zajęte stanowisko Zamawiający wskazał m.in., co następuje:

Zamawiający stwierdził, że zarzut naruszenia „art. 146 ust. 1 pkt lit. b Pzp” jest zarzutem w istocie nieistniejącym, albowiem powołany przepis nie występuje w ustawie. Dodatkowo, Zamawiający w ramach czynności odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nr NCB/5/2023 zastosował wyłącznie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Stosowane zaś przez Zamawiającego normy prawne w postaci art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp były wykorzystywane w ramach działań poprzedzających ww. odrzucenie i nie powinny być obecnie samoistną podstawą odwołania. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podtrzymał, że wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nr NCB/5/2023 został złożony w sytuacji niespełniania przez Odwołującego warunków udziału w tymże postępowaniu (art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp). Zauważył, że skarżone postępowanie nie jest zamówieniem klasycznym (z jego art. 128 ust. 2 ustawy Pzp), a zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (w którym funkcjonuje art. 405 ust. 5 ustawy Pzp). W jego ocenie odwołujący zdaje się tego nie dostrzegać, co widać w uzasadnieniu odwołania, które powiela wyłącznie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydawane w ramach zamówień klasycznych. Odwołujący wskazał, że na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu nr NCB/5/2023, tj. na datę 20 lipca 2023 r. spełniał warunki udziału w Postępowaniu, w szczególności w zakresie podmiotowych środków dowodowych dotyczących dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W tym jednak zakresie Zamawiający ustalił, że część personelu Odwołującego (A. Z., ale także m.in. W. K.) „nie posiada wymaganego min. 2-letniego doświadczenia zawodowego”, co skutkowało

wezwaniami Odwołującego skierowanym do niego (w dacie 28 sierpnia 2023 r.) do usunięcia w/w braku przez przedstawienie „uzupełnionego Wykazu osób” potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu „na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. na dzień 20.07.2023 r.”. Wezwanie to nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego. W wezwaniu Zamawiający wskazał również na podstawę uzupełnienia, która została określona przez odniesienie się do art. 405 ust. 5 ustawy Pzp. Odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący udzielił w dniu 06 września 2023 r. (data podpisu złożonego na uzupełnianym dokumencie) przedstawiając na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu „Wykaz osób” poszerzony o nowego członka personelu Odwołującego (J. Z. miał zastąpić A. Z., a W. K. - B. G.). Takie uzupełnienie – pozbawione innych oświadczeń lub zapewnień – dowodzi wprost, że nowy członek personelu Odwołującego (J. Z., ale także W. K. i M. K.) jest w domenie Odwołującego na pewno od dnia 06 września 2023 r. Takie uzupełnienie – pozbawione innych oświadczeń lub zapewnień – nie dowodzi, że nowy członek personelu Odwołującego (J. Z. i inni) był w domenie Odwołującego „na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, tj. na dzień 20.07.2023 r.” Opierając się na powyższym dowodzie z uzupełnionego „Wykazu osób” datowanego na dzień 06 września 2023 r., Zamawiający zmuszony był konsekwentnie uznać, że na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nr NCB/5/2023, tj. na datę 20 lipca 2023 r. Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zignorował podstawę wezwania (art. 405 ust. 5 ustawy Pzp). Odwołujący aktualność na datę 20 lipca 2023 r. uzupełnionego „Wykazu osób” datowanego na dzień 06 września 2023 r. broni posiadany przez Zamawiającego oświadczeniem Odwołującego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – złożonym w dniu 20 lipca 2023 r. jako załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Zamawiający zauważył, że oświadczenie Odwołującego zostało złożone na określoną datę i ta okoliczność wyklucza uznanie, że treść tegoż oświadczenia rozciąga się na zdarzenia przyszłe i całkowicie hipotetyczne. Przeczy temu również art. 405 ust. 5 ustawy Pzp. Z samego faktu przystąpienia do uzupełnienia „Wykazu osób” i zastąpieniu A. Z. J. Z. oraz W. K. B. G. (w dniu 06 września 2023 r.) Odwołujący potwierdził, że złożone w dniu 20 lipca 2023 r. oświadczenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nieprawdziwe.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu Postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Wobec niepełnej dokumentacji Postępowania przekazanej

przez Zamawiającego ustaleń tym zakresie Izba dokonała na podstawie dokumentów pochodzących z tej dokumentacji, stanowiących załączniki do odwołania, które nie były kwestionowane przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu Postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne

Spór pomiędzy stronami dotyczył zagadnienia aktualności podmiotów środków dowodowych składanych w postępowaniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Zgodnie z przepisem art. 405 ust. 5 ustawy Pzp oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia nie później niż na dzień składania ofert. Na gruncie przepisów ustawy Pzp regulujących postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kwestia aktualności podmiotowych środków dowodowych regulowana jest zatem odmiennie niż w przypadku postępowań klasycznych – art. 126 ust. 1, art. 128 ust. 2 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Natomiast zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. Słusznie zauważył Odwołujący, że zgodnie z przepisem art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) tiret pierwsze ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II: - z wyjątkiem art. 83, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 2, art. 92, art. 94, art. 100-102, art. 110 ust. 2 i 3, art. 115 ust. 2, art. 125 ust. 2, 3 i 6, art. 126 ust. 1 i 2, art. 127, art. 222 ust. 2-5, art. 245 ust. 6 i art. 262. Wymaga dodania, że w regulacji tej nie dodano: „chyba, że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej” jak w przypadku regulacji art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) tiret drugie ustawy Pzp. Należy jednak stwierdzić, że przepis regulacji art. 405 ust. 5 ustawy Pzp stanowi regulację szczególną i w związku z tym znajduje zastosowanie przed ogólnym przepisem art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, uregulowanie w przepisie art. 128 ust. 2 ustawy Pzp kwestii aktualności podmiotowych środków dowodowych stanowi konsekwencję unormowania art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w którym przyjęto zasadę aktualności podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp nie stosuje się w postępowaniach w dziedzinach

obronności i bezpieczeństwa. Natomiast znajdujący zastosowanie w tych postępowaniach przepis art. 405 ust. 5 ustawy Pzp wskazuje, że podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia nie później niż na dzień składania ofert. Wymóg ten będzie dotyczył m.in. podmiotowych środków dowodowych składanych w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wymóg zawarty w art. 405 ust. 5 ustawy Pzp ma bowiem charakter ogólny w tym znaczeniu, że nie jest uzależniony od chwili złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Należy zauważyć, że podobne stanowisko Izba zajmowała już we wcześniejszych orzeczeniach - np. wyrok z 26 listopada 2020 r. KIO 2819/20, wyrok z 27 lutego 2018 r. KIO 258/18, wyrok z 31 stycznia 2018 r. KIO 109/18 (wydane na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., lecz pozostające aktualne), a także wyrok z 17 kwietnia 2023 r. KIO 950/23.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył uzupełniony podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu osób, częściowo zmieniony w zakresie składu personelu wykonawcy. W wykazie tym nie zostało zawarte oświadczenie co dacie dysponowania przez Odwołującego personelem wskazanym w tym wykazie. Odwołujący nie potwierdził zatem, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący personelu wykonawcy zgodnie z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, tj. na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca:** .....