

Sygn. akt KIO 2248/19

WYROK

z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy oraz 7MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **4 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Gliwicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu określonego w pkt III oraz IV.4 odwołania, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszych zarzutów.
2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na zaproszeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie do złożenia oferty, dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w tym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy oraz 7MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy oraz 7MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

4 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Gliwicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Ochronę fizyczną osób i mienia w podziale na 8 zadań*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 września 2019 r. pod numerem 2019/S 169-414385.

W dniu 4 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy oraz 7MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie w zakresie części 1 i 7 zamówienia (pkt III odwołania):

1) art. 131j ust. 1 w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 2a pkt 2 w zw. z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1a w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 22b w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, w zw. z art. 22 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 18 ust. 2 i ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia poprzez:

- dokonanie pozytywnej oceny wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Konsorcjum 1”, i zakwalifikowanie Konsorcjum 1 do dalszego etapu postępowania, pomimo że Konsorcjum 1 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. w zakresie posiadania aktualnej koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, wydanej na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej, gdyż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Novia Sp. z o.o. przedstawił wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieaktualną koncesję,

- ulokowanie wniosku o dopuszczenie do udział w postępowaniu Konsorcjum 1 pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert, pomimo że Konsorcjum 1 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- zaniechanie wezwania Konsorcjum 1 w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedstawienia aktualnej ostatniej decyzji do koncesji nr L-0295/06 Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wydanej na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie uwzględniającej zmiany w zarządzie spółki,

2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 51 ust. 1 w zw. z art 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się ustaleniem wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert, które doprowadziło do dopuszczenia do dalszego etapu postępowania Konsorcjum 1, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz stworzeniem sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum 1 niespełniające warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w zakresie części 2, 3, 4 i 8 zarzucił naruszenie (pkt IV odwołania):

3) art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 2a w zw. z art. 51 ust. 1a w zw. z art 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez:

- dokonanie pozytywnej oceny wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, dalej „Konsorcjum 2”, i zakwalifikowanie Konsorcjum 2 do dalszego etapu postępowania, pomimo że Konsorcjum 2 nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. 30 września 2019 r., gdyż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przedstawił wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieważne informacje z Krajowego Rejestru

Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 ustawy Pzp, tj. wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

- ulokowanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum 2 pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że Konsorcjum 2 nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu,

4) art. 131j ust. 1 w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 131e ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 2a pkt 2 w zw. z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1a w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 22b w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w zw. z art. 22 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 18 ust. 2 i ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia poprzez:

- dokonanie pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum 2 i zakwalifikowanie Konsorcjum 2 do dalszego etapu postępowania, pomimo że Konsorcjum 2 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. w zakresie posiadania aktualnej koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wydanej na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej, gdyż dwóch z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przedstawiło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieaktualną koncesję, tj. Novia Sp. z o.o. oraz Komes Sp. z o.o.,

- ulokowanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum 2 pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że Konsorcjum 2 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,

ewentualnie:

- zaniechanie wezwania Konsorcjum 2 w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedstawienia aktualnej ostatecznej decyzji do koncesji Novia Sp. z o.o. oraz Komes Sp. z o.o.,

5) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się ustaleniem wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert, które doprowadziło do dopuszczenia do dalszego etapu postępowania Konsorcjum 2, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz stworzeniem sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum 2 niespełniające warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty w zakresie części (zadania) 1 i 7 wniesiono o: uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu Konsorcjum 1 do złożenia oferty, ocenie spełniania przez Konsorcjum 1 warunków udziału w postępowaniu, ustalenia wyników oceny spełniania przez Konsorcjum 1 warunków udziału w postępowaniu, w tym kwalifikacji Konsorcjum 1 do zaproszenia do złożenia ofert; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowania, a w tym wezwanie Konsorcjum 1 w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia aktualnej ostatniej decyzji do koncesji Novia Sp. z o.o.

W zakresie części (zadania) 2, 3, 4 i 8 wniesiono o: uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu Konsorcjum 2 do złożenia oferty, ocenie spełniania przez Konsorcjum 2 warunków udziału w postępowaniu, ustalenia wyników oceny spełniania przez Konsorcjum 2 warunków udziału w postępowaniu, w tym kwalifikacji Konsorcjum 2 do zaproszenia do złożenia ofert; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowania, a w tym wykluczenia Konsorcjum 2, a w konsekwencji niezakwalifikowania Konsorcjum 2 do dalszego etapu postępowania, tj. zaproszenia do złożenia oferty; alternatywnie: uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu Konsorcjum 2 do złożenia oferty, ocenie spełniania przez Konsorcjum 2 warunków udziału w postępowaniu, ustalenia wyników oceny spełniania przez Konsorcjum 2 warunków udziału w postępowaniu, w tym kwalifikacji Konsorcjum 2 do zaproszenia do złożenia ofert; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowania, a w tym nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum 2 w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedstawienia aktualnej ostatniej decyzji do koncesji Novia Sp. z o.o. oraz Komes Sp. z o.o., a w konsekwencji niezakwalifikowania Konsorcjum 2 do dalszego etapu postępowania, tj. zaproszenia do złożenia oferty.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w zakresie poprawności przedstawionych przez Konsorcjum 1 oraz Konsorcjum 2 dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania aktualnej koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wydanej na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej. W konsekwencji był zobowiązany do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Konsorcjum 1 do przedstawienia aktualnej ostatniej decyzji do koncesji Novia Sp. z o.o. oraz Konsorcjum 2 do przedstawienia aktualnej ostatniej decyzji do koncesji Novia Sp. z o.o. oraz Komes Sp. z o.o.

Odwołujący podkreślał, iż Konsorcjum 1 oraz Konsorcjum 2 nie przedstawiło aktualnej koncesji na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przedłożone koncesje wraz z decyzjami aktualizacyjnymi nie obrazują rzeczywistego stanu rzeczy w zakresie wpisu dotyczącego zarządów Novia Sp. z o.o. oraz Komes Sp. z o.o. Aktualna koncesja to taka, która posiada wydane do niej decyzje aktualizacyjne obrazujące aktualny i rzeczywisty stan faktyczny i prawny spółki.

Nadto, Konsorcjum 2 nie zastosowało się do wezwania Zamawiającego z dnia 15 października 2019 r. do przedstawienia dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu Komes Sp. z o.o. oraz prokurenta spółki. Zamawiający wskazał, iż Konsorcjum 2 załączyło informacje z KRK, które zostały wystawione przed upływem 6 miesięcy przed terminem składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co powoduje, iż są nieważne. Konsorcjum 2 w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawiło informacje z KRK dla członków zarządu oraz prokurenta spółki Komes Sp. z o.o. z dnia 16 października 2019 r., podczas gdy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 30 września 2019 r. Zatem, Konsorcjum 2 powinno zostać wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z faktem, że Zamawiający zastosował już procedurę uzupełniania dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a zgodnie z ugruntowaną w tym zakresie linią orzecniczą wezwanie takie może być tylko jednorazowe, nie ma już możliwości dalszego konwalidowania dokumentów przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w dniu 8 listopada 2019 r. przystąpili po stronie Zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty w zakresie części (zadania) 1 i 7 w całości oraz w zakresie części (zadania) 2, 3, 4 i 8 w części dotyczącej zarzutu związanego z zaniechaniem przedłożenia aktualnych koncesji.

Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2019 r. oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty odwołania w zakresie części 2, 3, 4 i 8.

Przystępujący po stronie Zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, złożyli na posiedzeniu oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz dokumentów uzupełnionych przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o zaproszeniu do składania ofert, zawiadomienia o wynikach oceny spełnienia warunków. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 listopada 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest ochrona fizyczna osób i mienia w podziale na 8 zadań. Zgodnie z treścią sekcji III pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu pn. Sytuacja podmiotowa. Kryteria dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia), w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. Informacje i

formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów *O udzielenie zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy nie podlegający wykluczeniu na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust 1 pkt 4-6 oraz spełniający warunki określone wart. 22 ust. 1 b w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 uPzp — informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca na potwierdzenie spełnienia w/w warunków udziału w postępowaniu winien przedłożyć oświadczenie o spełnianiu warunku oraz wskazany w warunku dokument tj. koncesję, informację z KRK w zakresie określonym w art 24 ust 1 pkt 13 i 14, koncesję oraz dla zadania nr 6 świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia do klauzuli co najmniej POUFNE. Zamawiający żąda przedłożenie przez wykonawcę w/w oświadczenia i dokumentów wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie art. 131e ust.2 oraz art 26 ust.2f ustawy Pzp. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie muszą załączyć do oferty wszystkie ww. dokumenty, oświadczenia osobno dla każdego członka konsorcjum, spółki cywilnej.*

Izba ustaliła, że termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 30 września 2019 r. Do tego czasu wnioski złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie. Ww. wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione: w dniu 7 marca 2019 r. dla J. P., S. P., L. M., K. R. oraz w dniu 11 marca 2019 r. dla S. R.

Zamawiający pismem z dnia 15 października 2019 r. wezwał Przystępującego do przedłożenie stosownej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionej przed upływem 6 miesięcy przed terminem składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący przedstawił informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla ww. osób z dnia 16 października 2019 r., czyli po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Dnia 23 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ramach której zakwalifikował również wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Era Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Novia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie.

z siedzibą w Chorzowie, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Komes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W odniesieniu do zarzutów określonych w pkt III oraz IV.4 odwołania Izba umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na wycofanie przez Odwołującego zarzutów. Do merytorycznego rozpoznania pozostały zarzuty związane z przedłożonymi informacjami z Krajowego Rejestru Karnego przez Przystępującego, wobec których Izba uznała, że są zasadne, uwzględniając w tej części odwołanie.

Izba ustaliła, że przedmiotowe zamówienie jest udzielane w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Zatem, przypadku zamówień obronnych obowiązujący stan prawny odpowiada zasadom, jakie obowiązywały w odniesieniu do wszystkich zamówień przed nowelizacją z 2016 r.

Rację należy przyznać Przystępującemu, że celem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 2016 r. było odformalizowanie procedur, po to aby zapewnić wykonawcom łatwiejszy dostęp do zamówień publicznych. Niemniej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nadal charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania. Tym samym odstępstwa od stosowania powszechnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 131e ust. 2, nie należy uzasadniać, obranym przez ustawodawcę odformalizowaniem procedury.

W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w przeciwieństwie do zamówień klasycznych, potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, odbywa się jak w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 r., za pomocą oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą, potwierdzających wykazywane okoliczności nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków.

W związku z powyższym złożone wraz z wnioskiem, a następnie uzupełnione przez Przystępującego, informacje z Krajowego Rejestru Karnego zostały wystawione odpowiednio wcześniej (7 i 11 marca 2019 r.) aniżeli 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (30 września 2019 r.) oraz po upływie terminu (16 października 2019 r.) składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zatem, ww. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego nie potwierdzały braku podstaw do wykluczenia Przystępującego w zakresie określonym w art. 131e ustawy Pzp w dacie określonej przepisami dotyczącymi zamówień obronnych.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 109/18 Izba jednoznacznie wskazała, że w przypadku zamówień obronnych obowiązują zasady sprzed nowelizacji z 2016 r., tj. składane dokumenty mogą być wystawione z datą późniejszą, muszą jednak potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert lub wniosków. Izba podkreśliła, że odmiennego stanowiska nie można wywodzić z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który również obowiązuje w przypadku zamówień obronnych. Nie wynika z niego jednak, że dokumenty składane w postępowaniach obronnych mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający obowiązany jest w sposób równy traktować wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może więc odstąpić od stosowania powyższej zasady jedynie dlatego, że wykonawcy nie uzyskali przedmiotowych zaświadczeń w odpowiednim terminie, przez co pozbawili się możliwości skutecznego wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Izba dostrzega okoliczność, iż krótki upływ czasu między złożonym jednym (z 7 lub 11 marca 2019 r.) a drugim (z 16 października 2019 r.) zaświadczeniem z Krajowego Rejestru Karnego uprawdopodobnia brak karalności osób wchodzących w skład zarządu spółki Komes Sp. z o.o. (konsorcjanta Przystępującego) na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niemniej przyjęcie odmiennych reguł względem wykonawcy stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe byłoby niezgodne nie tylko z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, lecz również

z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które wprost precyzuje dolną granicę ważności dokumentu, jakim jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego. Wykonawca jest zobligowany do wykazania, a nie uprawdopodobnienia braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (vide: wyrok KIO z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 258/18 i KIO 263/18).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: