Sygn. akt KIO 120/19

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Impel Defender Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu,
Impel Safety Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu,
Impel Provider Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Defender Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu i 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 Impel Defender Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Gdańsku.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 120/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. prowadzi postępowanie na „świadczenie usłu w zakresie ochrony fizycznej i technicznej osób i mienia na obszarze działania Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Gdańsku” na podstawie art. 138g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 196-444262. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Zarzuty i żądania odwołania
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. sp. komandytowa, Impel Safety Security Partner Sp. z o.o. sp. komandytowa oraz Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe wykluczenie Odwołującego,
3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego,
4) art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego

wykonawcy Naftor Sp. z o.o.,
5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy Naftor Sp. z o.o.,
6) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. uchylenia czynności wyboru oferty wybranego wykonawcy Naftor Sp. z o.o.,
2. uchylenia wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. uchylenia odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. uchylenia czynności z 18 stycznia 2019 r. dotyczącej wezwania Odwołującego do wyjaśnień,
5) wykluczenia wybranego wykonawcy Naftor Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty,
6) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że podstawą wykluczenia go
z postępowania było nieprzedłożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionych na rzecz wspólników spółki cywilnej Snajper, potwierdzających brak istnienia podstawy wykluczenia z rozdziału IX ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
14 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia oferty dokumentów. Odwołujący na wezwanie przedstawił zaświadczenie z KRK dla D. Z. oraz P. R. (wspólników Snajper s.c.). Zamawiający wskazał, że dokumenty datowane są na 20 i 21 grudnia 2018 r., zatem zostały wystawione po terminie składania ofert w postępowaniu i Zamawiający nie był w stanie w rezultacie ocenić, czy na dzień składania ofert wspólnicy Snajper s.c. nie podlegali wykluczeniu.
W związku z tym Zamawiający uznał, że Odwołujący nie przedłożył w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych żądanych dokumentów, wobec czego podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Drugim powodem wykluczenia Odwołującego było nieprzedstawienie dokumentów, o których mowa w rozdziale X ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznegodla wspólników spółki cywilnej Snajper. W ocenie Zamawiającego przedstawione dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, gdyż datowane są na 19 grudnia 2018 r., a zatem wystawione zostały po terminie składania ofert.
Trzecim powodem wykluczenia Odwołującego było nieprzedstawienie dokumentów,
o których mowa w rozdziale X ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego dla wspólników spółki cywilnej Snajper. W ocenie Zamawiającego przedstawione dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, gdyż datowane są na 19 grudnia 2018 r., a zatem wystawione zostały po terminie składania ofert.
Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem postępowania. Wskazał, że kluczową dla rozstrzygnięcia kwestią jest ustalenie, czy dokument zaświadczenia ZUS i US oraz informacji z KRK w świetle obowiązujących przepisów może nosić datę wystawienia po upływie terminu składania ofert i jednocześnie potwierdzać brak podstaw do wykluczenia. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Odwołującego uzasadnienie wykluczenia go z postępowania opiera się na nieaktualnym stanie prawnym, gdyż argumentacja Zamawiającego odwołuje się do zasad obowiązujących przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z 2016 r. W związku ze znacznym przeformułowaniem przez ustawodawcę zasad dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, takie stanowisko Zamawiającego nie może się ostać. Intencją ustawodawcy była ocena sytuacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w oparciu o jak najbardziej aktualne informacje oraz zmniejszenie obowiązków formalnych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Cel ten został zrealizowany poprzez fakt, iż podstawowym dokumentem wstępnie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia jest oświadczenie wykonawcy. Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to właśnie to oświadczenie ma być aktualne na dzień składania ofert i wstępnie potwierdzać okoliczności wskazane powyżej, w tym brak podstaw do wykluczenia.
Zasadą jest, iż wykonawca w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może podlegać wykluczeniu. Należy jednak rozróżnić kwestię braku podstaw wykluczenia od sposobu dokumentowania tych okoliczności. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, tj. potwierdzone zostaje, że na moment składania tego oświadczenia istnieje stan faktyczny wskazujący na ich brak. Informacje z ZUS, US i KRK potwierdzają stan na moment ich wystawienia i co do zasady nie ma możliwości, aby potwierdzały okoliczności sprzed tej daty, jednakże w ocenie Izby składane przez wykonawców w toku postępowania dokumenty należy rozpatrywać łącznie. Tym samym, w oparciu o złożone wraz z ofertą oświadczenie oraz informacje z

ZUS, US i KRK, uznać należy, iż w toku postępowania w stosunku do Odwołującego brak było podstaw wykluczenia. Jeżeli natomiast Zamawiający, pomimo przedstawienia ww. oświadczeń i dokumentów, powziąłby wątpliwości co do braku podstaw do wykluczenia Odwołującego, powinien podjąć działania zmierzające do ich wyjaśnienia i – w razie ich potwierdzenia – wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 lub pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z wyroku sygn. akt KIO 114/18, w aktualnym stanie prawnym wykonawcy nie muszą załączać do wniosku dokumentów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku niezłożenia wymaganego dokumentu lub złożenia dokumentu zawierającego błędy, zamawiający (jednokrotnie) wzywa takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mają być aktualne na dzień ich złożenia. W aktualnym stanie prawnym nie ma zobowiązania do przedstawiania dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia (w tym m.in. informacji z KRK) z datą sprzed składania ofert lub nawet z datą po składaniu ofert, ale
z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert. Wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania ofert rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Fakt, iż zamawiający zażądał złożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału już na etapie złożenia ofert, nie znosi możliwości uzupełnienia brakujących dokumentów.

Zdaniem Odwołującego na dokonaną ocenę złożonych dokumentów z ZUS, US i KRK nie mogą mieć wpływu również postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do których odwoływał się Zamawiający, w oparciu o które wykonawcy mieli wraz z ofertą złożyć zaświadczenie z ZUS i US, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, oraz informacje z KRK, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok sygn. akt KIO 280/18) to postanowienie nie stanowi, kiedy najpóźniej mógł być wystawiony dokument,
a jedynie referuje do najwcześniejszego terminu, w jakim dokumenty te mogły zostać sporządzone.

Zatem złożenie przez Odwołującego zaświadczenia z ZUS i US oraz informacji z KRK, datowanych po terminie składania ofert było wystarczające dla stwierdzenia, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania. W związku z prawidłowym uzupełnieniem tych dokumentów Zamawiający nie ma podstaw prawnych do dalszego wyjaśniania okoliczności uzupełniania dokumentów przez Odwołującego, wyrażonych w piśmie z 18 stycznia 2019 r., jak również podstaw prawnych do zatrzymania wadium na gruncie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący stwierdził, iż czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wybrany wykonawca Naftor Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Po pierwsze, oferta Naftor Sp. z o.o. została złożona na nieaktualnym formularzu ofertowym, który nie uwzględniał zmian dokonanych przez Zamawiającego pismem z 29 października 2018 r. – zmiana dotyczyła powołania się na rozdział specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ofercie wykonawcy zawarto sformułowanie: „w Rozdziale XI ust. 1 pkt 24 SIWZ", tj. „OŚWIADCZAMY, że wypełniliśmy obowiązki informacyjne przewidziane w art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskaliśmy, w szczególności osób wskazanych w Rozdziale XI ust. 1 pkt 24 SIWZ, w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej i technicznej osób i mienia na obszarze działania Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Gdańsku…", natomiast powinno być: „w Rozdziale XI ust. 1 pkt 23 SIWZ". W treś specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma punktu 24. w rozdziale XI ust. 1. W konsekwencji treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wybrany wykonawca nie wypełnił obowiązku informacyjnego, wynikającego z rozporządzenia RODO.

Po drugie, odpis z CEIDG Agencji Ochrony HERA E. K. został pobrany ze strony internetowej 22 października 2018 r. natomiast został potwierdzony za zgodność
z oryginałem 19 października 2018 r. W ocenie Odwołującego wskazuje to, że dokument nie jest w istocie kopią dokumentu elektronicznego i mógł podlegać modyfikacjom. Tym samym wykonawca nie przedstawił prawidłowego dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia według przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po trzecie, wykonawca Naftor Sp. z o.o. nie dysponuje dostatecznymi zasobami w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie grup interwencyjnych, gdyż z wiedzy Odwołującego wynika, że w lokalizacjach określonych przez Zamawiającego wybrany wykonawca nie posiada zasobów własnych i musiałby się w związku z tym posiłkować zasobami podmiotu trzeciego. Wykazany podmiot trzeci – Agencja Ochrony HERA E. K. również nie posiada we wszystkich wskazanych lokalizacjach grup interwencyjnych, a złożone przez ten podmiot zobowiązanie do

udostępnienia zasobów, jak również oświadczenie Naftor Sp. z o.o. złożone w ofercie w tym zakresie mają celowo charakter ogólnikowy i nie określają lokalizacji, w których podmiot trzeci posiada przedmiotowy zasób.
Zważywszy na fakt, że opis warunków udziału w postępowaniu (rozdział IX ust. 13 pkt d specyfikacji istotnych warunków zamówienia) był mocno skonkretyzowany w zakresie grup interwencyjnych, potwierdzenie spełnienia tych warunków winno być wykazane jednoznacznie i konkretnie. Ani oświadczenie wykonawcy złożone w formularzu ofertowym, ani treść przedłożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów Agencji Ochrony HERA E. K. nie potwierdza konkretnie, jakie zasoby mają zostać udostępnione wykonawcy w jakich lokalizacjach (a tak był sformułowany warunek udziału w postępowaniu). Nadto w formularzu ofertowym Naftor Sp. z o.o. zawarł sprzeczne ze sobą w tym zakresie oświadczenia, gdyż w punkcie 3. oświadczył, że polega na zasobach Agencji Ochrony HERA E. K. tylko w zakresie warunku opisanego w rozdziale IX ust. 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc w zakresie uzbrojonego stanowiska interwencyjnego, zaś w punkcie 7., że zrealizuje zamówienie przy współudziale podwykonawcy Agencja Ochrony HERA E. K. zarówno w zakresie uzbrojonego stanowiska interwencyjnego, jak i grup interwencyjnych.
Prowadzi to do konkluzji na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, że udostępnienie ma charakter wyłącznie pozorny (nie ma walorów realności) i Naftor Sp. z o.o. zamierza wprowadzić dodatkowych podwykonawców w zakresie działania grup interwencyjnych dopiero na etapie przed podpisaniem umowy lub w trakcie jej realizacji. Powyższe nie powinno zostać dopuszczone przez Zamawiającego, gdyż podwykonawcy ci byliby jednocześnie podmiotami udostępniającymi zasoby, których to zasobów na etapie składania ofert wykonawca Naftor sp. z o.o. w ogóle nie posiadał,
a Naftor Sp. z o.o. złożył w ofercie nieprawdziwe oświadczenie o zdolności do realizacji zamówienia (posiadaniu niezbędnych do tego zasobów) i jako taki winien być wykluczony
z postępowania według przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na powyższe zarzuty Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.
Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Prawo zamówień publicznych, z zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Zamawiający żądał dołączenia do ofert m. in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (rozdział XI ust. 1 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W rozdziale X ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż z postępowania wykluczy wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. W celu oceny spełniania powyższego warunku Zamawiający żądał dołączenia do oferty zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (rozdział XI ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (rozdział XI ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).
Jednocześnie w rozdziale IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że zbada, czy wobec podmiotu, na zdolnościach którego polega wykonawca, nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w rozdziale X, że zbada, czy wobec podmiotu, na zdolnościach którego polega wykonawca, nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z rozdziałem XI ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca,

który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, miał przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione
w rozdziale XI ust. 1 pkt 1-11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W ofercie Odwołujący oświadczył, że wykazując spełnianie warunków, będzie polegać na zasobach m. in. Biura Bezpieczeństwa Snajper s.c. D. Z., P. R., przedkładając jednocześnie zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów datowane na
9 listopada 2018 r. Odwołujący jednak nie przedłożył wraz z ofertą wymaganych przez Zamawiającego dokumentów wystawionych na rzecz wspólników tej spółki, potwierdzających brak istnienia podstawy wykluczenia wskazanej w rozdziale IX ust. 1
i w rozdziale X ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W rozdziale XI ust. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział zastosowanie w postępowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W związku z powyższym 14 grudnia 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia oferty dokumentów, o których mowa rozdziale XI ust. 1 pkt 1-3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzupełnione dokumenty należało dostarczyć do 27 grudnia 2018 r. do godziny 12:00. Wykonawca wraz z pismem z 21 grudnia 2018 r. przedłożył dokumenty, wśród których znalazły się m.in.: zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla D. Z. i Pana P. R. datowane na 20 i 21 grudnia 2018 r., zaświadczenia wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych dla D. Z. i P. R. datowane na 19 grudnia 2018 r., zaświadczenia wystawione przez naczelnika Urzędu Skarbowego dla D. Z. i P. R. datowane na 19 grudnia 2018 r. Jednak zostały one wystawione po terminie składania ofert, Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby stwierdzić, czy na dzień składania ofert wobec wspólników spółki Snajper nie zachodziły przesłanki wykluczenia
z postępowania. Tym samym Zamawiający uznał, że Odwołujący w wymaganym terminie nie przedłożył dokumentów żądanych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji nie potwierdził braku podstawy wykluczenia wobec ww. podmiotu, o której mowa w rozdziale IX ust. 1 i w rozdziale X ust. 1 pkt 3 specyfikacji. Spowodowało to konieczność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W konsekwencji, kierując się dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewidzianego do zastosowania w postępowaniu na podstawie rozdziału XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Jednocześnie dokonał wyboru oferty wykonawcy Naftor Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.
Odwołujący wywodzi, że zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Urzędu Skarbowego, a także informacja z Krajowego Rejestru Karnego mogą być opatrzone datą późniejszą niż termin składania ofert i jednocześnie potwierdzać brak przesłanek wykluczenia. Według Odwołującego wynika to z faktu, że podstawowym dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia jest oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 25a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak na gruncie przedmiotowego postępowania jest to argumentacja całkowicie chybiona.
Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przewidzianym w art. 138g ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. jako zamówienie na usługi społeczne o wartości przekraczającej równowartość kwoty 1 mln euro, a w takim przypadku, zgodnie z art. 138k ustawy Prawo zamówień publicznych, to zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania z uwzględnieniem obowiązkowych elementów postępowania określonych
w rozdziale 6. działu III ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, a także przepisów art. 17 i art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy tym przepis art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych stosuje się odpowiednio. Zgodnie z art. 138l ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone
z zastosowaniem przepisów działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5., działu V rozdziału 3. oraz działu VI. Przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 ustawy stosuje się odpowiednio (art. 138m ustawy Prawo zamówień publicznych). Z powyższych unormowań wynika, że przepisów działu II rozdziału 1. ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 25a, nie stosuje się, a zatem wykonawcy nie przedkładają wraz z ofertą aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia, stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
Zamówienia na usługi społeczne udzielane są na podstawie przepisów o charakterze autonomicznym w stosunku do wszystkich trybów udzielania zamówień wskazanych
w ustawie. Zamawiający może, w ramach pewnej dowolności, którą przyznał mu ustawodawca, wymagać od wykonawców przedłożenia wstępnego oświadczenia. Jednak
w przedmiotowym postępowaniu nie miało to miejsca, a podstawą dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w

postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia były dokumenty wymienione w rozdziale XI ust. 1 pkt 1-23 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą procedury z art. 138g ustawy Prawo zamówień publicznych ogólne odniesienie do środków dowodowych oznacza, że podmiotem je określającym jest zamawiający, który może ocenić, że wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia będzie złożenie oświadczenia, może też skorzystać z katalogu dokumentów wskazanych
w rozporządzeniu lub zaproponować dokumenty inne, pod warunkiem, że wymóg ich żądania nie będzie naruszał zasad udzielania zamówienia. Ze względu na brak odwołania do art. 25a i art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych wstępna ocena zdolności podmiotowych wykonawcy w oparciu o JEDZ i oświadczenia wraz z wymogiem żądania dokumentów tylko od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, nie jest obligatoryjnym elementem postępowania.
Ponieważ zasady dotyczące aktualności dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają znaczenie przy wstępnym potwierdzaniu przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, na gruncie tego postępowania pozostają bezprzedmiotowe i bezzasadne, co potwierdza, że wykluczenie Odwołującego
z postępowania oraz odrzucenie jego oferty było uzasadnione.
Zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy Naftor Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona m. in. z tej przyczyny, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na niedopełnienie obowiązku informacyjnego wynikającego z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE („RODO"). Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny.
Zamawiający są zobowiązani do wypełniania obowiązków informacyjnych, jak również do wypełniania obowiązków związanych z realizacją praw osób fizycznych w związku
z przetwarzaniem danych osobowych, stosownie do art. 13 RODO. Obowiązek indywidualnego informowania wykonawców zamawiający zapewnia przez zamieszczenie stosownych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Analogiczny obowiązek informacyjny ciąży na zamawiającym, gdy uzyska od wykonawcy dane osobowe dotyczące innych osób (np. osób, których dane służą do wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy osób kierowanych do realizacji zamówienia), stosownie do art. 14 RODO. Przy tym zamawiający może odstąpić od obowiązku indywidualnego informowania każdej z takich osób m. in.
w sytuacji, gdy osoba ta dysponuje już tymi informacjami albo gdy wymagałoby to ze strony zamawiającego niewspółmiernie dużego wysiłku, zgodnie z art. 14 ust. 5 lit. a i b RODO.
W takiej sytuacji obowiązek informacyjny wynikający z RODO spoczywa na wykonawcach, którzy pozyskują dane osobowe osób trzecich w celu przekazania ich zamawiającym
w ofertach. Potwierdzeniem realizacji tego obowiązku przez wykonawców jest oświadczenie zawarte w treści oferty.
Treść oświadczenia zawartego w punkcie 12. oferty Naftor Sp. z o.o. wyczerpuje wymagania dotyczące obowiązku informacyjnego wynikające z art. 14 RODO bez względu na sformułowanie „w szczególności osób wskazanych w Rozdziale XI ust. 1 pkt 24 SIWZ". Wykładnia językowa tego oświadczenia prowadzi do wniosku, że zawiera się w nim wymagana przepisami prawa treść, tj. że wykonawca wypełnił obowiązki informacyjne wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskał. Sformułowanie „w szczególności osób wskazanych w Rozdziale XI ust. 1 pkt 24 SIWZ", na co literalnie wskazuje zwrot „w szczególności", składa się na oświadczenie w pierwszej części zdania, tj. jest jego przykładowym elementem. Deklaracja o wypełnieniu obowiązków informacyjnych wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskał Naftor Sp. z o.o. oznacza, że obowiązek ten został wypełniony wobec wszystkich osób fizycznych, których dane przekazywane są wraz z ofertą, w tym w wykazach osób przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto odniesienie do punktu 24. było omyłką samego Zamawiającego, gdyż taka treść oświadczenia była pierwotnie zawarta we wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ten sam sposób należy traktować powielenie tej treści w formularzu ofertowym przez wykonawcę, tj. jako omyłkę pisarską pozostającą bez wpływu na treść oferty.
Odwołujący podniósł również, że Naftor Sp. z o.o. przedłożył potwierdzenie wpisu
w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dla Agencji Ochrony HERA E. K., które nie jest kopią dokumentu elektronicznego.
Potwierdzenie wpisu w CEIDG można uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Wynika to również z art. 45 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji
o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy oraz z art. 38 ustawy
z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Zaświadczenie o wpisie do CEIDG ma postać dokumentu

elektronicznego lub wydruku z systemu teleinformatycznego CEIDG. Przepisy nie przewidują wymogu podpisu na dokumencie elektronicznym ani na wydruku z CEIDG jako ich konstytutywnego elementu. Wydruk zaświadczenia o wpisie do CEIDG stanowi literalne odzwierciedlenie informacji publicznie udostępnionych za pośrednictwem strony internetowej CEIDG i posiada charakter dokumentu oryginalnego, niewymagającego składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń przez osobę, która się nim posługuje, w tym potwierdzania tego dokumentu przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Przedstawiony wydruk z CEIDG potwierdzał dane w nim zawarte na dzień składania ofert, ponadto Zamawiający miał do niego wgląd w ogólnodostępnym systemie teleinformatycznym. Brak było zatem podstaw do żądania od wykonawcy potwierdzenia wydruku za zgodność z oryginałem, a rozważania Odwołującego w tym zakresie są bezprzedmiotowe.

Odnośnie zarzutów odwołania dotyczących braku dysponowania przez wykonawcę Naftor Sp. z o.o. dostatecznymi zasobami w zakresie grup interwencyjnych, Zamawiający podkreślił, że są to jedynie ogólnikowe twierdzenia niepoparte żadnymi dowodami. Jak wskazał Odwołujący, wynika to z jego wiedzy. Uchybia to dyspozycji z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie powinno m. in. wskazywać na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający w rozdziale IX ust. 13 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dla lokalizacji nr 4 (Węzły Rozdzielcze Gazu i Stacje Gazowe Wysokiego Ciśnienia) dysponują lub będą dysponować grupami interwencyjnymi, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Przy tym Zamawiający dopuścił możliwość polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku z rozdziału IX ust. 13 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia był wykaz osób o treści zgodnej ze wzorem określonym załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XI ust. 1 pkt 23).

Zgodnie z rozdziałem XI ust. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, mieli udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będą dysponować niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawią zobowiązanie tych podmiotów do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W rozdziale XI ust. 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł, że w celu oceny, czy wykonawca, polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda od w szczególności określenia 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2) sposobu wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, 3) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Treść zobowiązania do udostępnienia ww. zasobów została przez Zamawiającego określona wzorem, zgodnie z treścią załącznika nr 16 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie żądał przedłożenia innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku oraz określających zakres i sposób udostępnienia zasobów.

Wykonawca Naftor Sp. z o.o. w treści swojej oferty oświadczył, że wykazując spełnianie ww. warunku będzie polegać na zasobach Agencji Ochrony HERA E. K., przedkładając jednocześnie zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, datowane na 19 października 2018 r. Z treści tego zobowiązania wynika, że podmiot ten oddaje Naftor Sp. z o.o. do dyspozycji swoje zdolności techniczne określone w rozdziale IX ust. 6, 7 i 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do oferty dołączono również wykaz osób o treści zgodnej ze wzorem określonym załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawca potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IX ust. 13 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz prawidłowość udostępnienia zasobów Agencji Ochrony HERA E. K. .

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert i wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami. Został on prawidłowo opisany w punktach poprzedzających, zatem nie będzie powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim należy podkreślić, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem na usługi społeczne, o którym mowa w art. 138g ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym, zgodnie z dyspozycją art. 138k, to zamawiający

określa sposób przeprowadzenia tego postępowania, z uwzględnieniem obowiązkowych elementów postępowania określonych w rozdziale 6. działu III ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, a także przepisów i . Przepis stosuje się odpowiednio. Podobnie odpowiednio stosuje się przepisy , , oraz (art. 138l), a także stosuje przepisy działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI (art. 138m).
Określenie innych reguł prowadzonej procedury zależy od wyboru zamawiającego – może on ustalić własną procedurę, przy czym, jak wskazuje praktyka, zamawiający często korzystają z opcji powołania się na konkretne przepisy ustawy, czy to kopiując ich treść jako własną regulację, czy też przywołując oznaczenie przepisu.
Tak też uczynił Zamawiający w niniejszym postępowaniu.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe wykluczenie Odwołującego,
3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego,
4) art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy Naftor Sp. z o.o.,
5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy Naftor Sp. z o.o.,
6) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
Naczelną zasadą wskazaną w przywołanym przez Odwołującego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przygotowanie i przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).
Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz, w konsekwencji, odrzucił jego ofertę powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania
o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.
Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu
o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.
W zakres „niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu", o którym mowa
w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wchodzi niezłożenie dokumentów wymaganych przez zamawiającego oraz złożenie tych dokumentów w sposób nieprawidłowy.
Podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego było nieprzedłożenie prawidłowych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, dotyczących podmiotu, na zasoby którego powoływał się wykonawca, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia
z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznegooraz zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego dla wspólników spółki cywilnej Snajper, potwierdzających brak istnienia podstawy wykluczenia z rozdziału IX ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący co prawda przedłożył rzeczone dokumenty, lecz datowane na 19, 20 i 21 grudnia 2018 r., czyli po terminie składania ofert.
Tymczasem Zamawiający, korzystając z prawa określenia własnej procedury, w tym co do składanych dokumentów, wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XI ust. 1 pkt 1-3), że przedmiotową informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, pkt 14 i 21 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż
6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert
i zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, należy dołączyć do oferty i ma być ono aktualne na dzień składania oferty.
Z rozdziału XI ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, miał

przedstawić, w odniesieniu do tych podmiotów, dokumenty wymienione w ust. 1 pkt 1-11.
Tym samym Zamawiający nie zastosował obecnego modelu przedstawiania dokumentów – na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz funkcjonujący przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z 2016 r. Tym samym w stanie faktycznym niniejszej sprawy aktualne są poglądy dotyczące datowania i zasad uzupełniania dokumentów wskazujące, że z zasad równego traktowania wykonawców (takie same reguły dla wszystkich) wynika, że dokument uzupełniany po terminie składania ofert również musi opisywać stan faktyczny na dzień składania ofert – tak jak było to wymagane.
Należy przy tym zauważyć, że regulacja, zgodnie z którą przedkłada się dokumenty aktualne na dzień ich złożenia, czyli również dotyczące stanu po wezwaniu do ich złożenia, jest regulacją obecnego art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i dotyczy wezwania do złożenia dokumentów, a nie ich uzupełnienia („zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w ”), który to przepis nie ma zastosowania w tym postępowaniu.
Natomiast z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”), którego zastosowanie Zamawiający przewidział
w rozdziale XI ust. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma mowy
o możliwości uzupełnienia dokumentów aktualnych na chwilę inną niż wymagana do ich złożenia, gdyż – jak już wspomniano – byłoby to nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ wykonawcy, którzy nie złożyli dokumentów w terminie wymaganym, potencjalnie byliby w lepszej sytuacji mając dłuższy okres na przygotowanie dokumentów lub uregulowanie swojego stanu prawnego. Natomiast art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych daje jedynie możliwość korekty wadliwie złożonych dokumentów, ale zgodnie ze stanem i terminem, który był oczekiwany od wszystkich wykonawców.
Dodatkowo zasada przejrzystości postępowania, jak też zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wymagają, by te same reguły stosować przez całe postępowanie.
Jeśli zaś chodzi o zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
w orzecznictwie wskazuje się, że przepis ten stosuje się w przypadkach, kiedy wykonawca został wykluczony z postępowania przed upływem terminu składania ofert, a następnie złożył ofertę, bowiem zastosowanie w pierwszej kolejności ma art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą), gdyż nie ma potrzeby dokonywać czynności odrzucenia oferty, która podlega odrzuceniu z mocy prawa. Jednak powołanie się na ten przepis nie jest uznawane za błąd wywołujący jakiekolwiek skutki i nie ma wpływu na wynik postępowania – jak wskazano, jest to automatyczna konsekwencja wykluczenia wykonawcy.
Co do podniesionej podczas rozprawy kwestii zatrzymania wadium przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że nie została ona objęta zarzutami odwołania. W rozdziale XII ust. 18 Zamawiający wskazał podstawy zatrzymania wadium, w tym przywołując okoliczności analogiczne do opisanych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest już kwestią ustalenia faktycznego, czy podstawy zatrzymania wadium zaszły.
W żądaniach odwołania Odwołujący wskazał, że żąda uchylenia czynności z 18 stycznia 2019 r. dotyczącej wezwania Odwołującego do wyjaśnień.
Żądanie to odnosi się do pisma Zamawiającego z 18 stycznia 2019 r., którym Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, w terminie do 24 stycznia 2019 r., przyczyn niezłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do spółki cywilnej Snajper na wezwanie z 14 grudnia 2019 r. – przed podjęciem decyzji
o zatrzymaniu wadium. Odwołujący, pismem z 24 stycznia 2019 r., odpowiedział, że wyjaśnienia dotyczące przedmiotowych dokumentów zawarł w treści odwołania.
Odwołujący jednak nie postawił stosownego zarzutu w tym zakresie i nie wyjaśnił, na czym polegało naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa w związku z taką czynnością, jak też, w czym przejawiał się uszczerbek dla Odwołującego związany z tą czynnością.
Izba również takich okoliczności ustalić nie potrafi. Wezwania co do zasady są czynnościami dokonywanymi na korzyść wykonawców, gdyż stanowią możliwość wypowiedzenia się przez nich w danych kwestiach przed podjęciem przez zamawiającego danej decyzji. Wykonawca może z tej możliwości skorzystać i bronić swojego stanowiska lub wyjaśnień nie udzielać – jak uczynił to Odwołujący.

Jak wynika z treści pisma, tak było również w przedmiotowym wypadku – Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości budzi przesłanka dotycząca przyczyn niezłożenia dokumentów przez wykonawcę, wskazana w rozdziale XII ust. 18 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnosząca się do „przyczyn leżących po stronie wykonawcy" (analogicznie jak w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych).
W związku z powyższym zarzut ten, po pierwsze, nie został sformułowany (nie wskazano,
w jaki sposób Zamawiający naruszył przepisy), a po drugie, jest bezprzedmiotowy.
W odniesieniu do zarzutu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na złożenie oferty wykonawcy Naftor Sp. z o.o. na nieaktualnym formularzu ofertowym, który nie uwzględniał zmian dokonanych przez Zamawiającego pismem z 29 października 2018 r., Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.
Zarzut Odwołującego dotyczył nieprawidłowego przywołania postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w oświadczeniu dotyczącym wypełnienia przez wykonawcę obowiązków informacyjnych wynikających z RODO, tj. w oświadczeniu „OŚWIADCZAMY, że wypełniliśmy obowiązki informacyjne przewidziane w art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskaliśmy, w szczególności osób wskazanych w Rozdziale XI ust. 1 pkt 24 SIWZ, w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej i technicznej osób i mienia na obszarze działania Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Gdańsku…" zamiast punktu 24. powinien zostać przywołany punkt 23. Zdaniem Odwołującego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wybrany wykonawca nie wypełnił obowiązku informacyjnego, wynikającego z rozporządzenia RODO.
Zamawiający wskazał, że powyższa omyłka była jego własną omyłką pisarską, zaistniałą
w pierwotnej wersji wzoru formularza załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i należy ją skategoryzować jako omyłkę pisarską.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
z zastrzeżeniem .
Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia
w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Również w ocenie Izby zaistniała omyłka nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz zwykłą oczywistą omyłkę pisarską, podlegającą co najwyżej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym bardziej, że, jak podkreślił sam Odwołujący, w rozdziale XI ust. 1 nie ma w ogóle punktu 24.
Odwołujący również nieprawidłowo wyciągnął dwa wnioski: po pierwsze, błąd w ww. oświadczeniu nie stanowi o tym, że wykonawca nie wypełnił obowiązku informacyjnego, wynikającego z rozporządzenia RODO, jest to bowiem obowiązek wynikający w stosunku do osób, których dotyczy, a nie oferty dla Zamawiającego. Po drugie, jest to oświadczenie
o wypełnieniu pewnych zobowiązań, do których odniósł się Zamawiający, ale o charakterze „administracyjnym", a nie do treści oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego definiującego ofertę jako oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy, czyli – w skrócie – sposobu wykonania pewnego świadczenia polegającego na świadczeniu usług ochrony.
Odwołujący zarzucił również, że odpis z CEIDG Agencji Ochrony HERA E. K. został pobrany ze strony internetowej 22 października 2018 r., natomiast został potwierdzony za zgodność z oryginałem 19 października 2018 r. W ocenie Odwołującego wskazuje to, że dokument nie jest w istocie kopią dokumentu elektronicznego i mógł podlegać modyfikacjom. Tym samym wykonawca Naftor Sp. z o.o. nie przedstawił prawidłowego dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia według przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła, że, rzeczywiście, na wydruku przedmiotowego dokumentu widnieje data
22 października 2018 r., a potwierdzenie za zgodność z oryginałem opatrzono datą
19 października 2018 r.
Jednak formułując swój zarzut Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił konkluzji zawartej w swoim zarzucie, że oznacza to, że dokument nie jest kopią dokumentu elektronicznego
i mógł podlegać modyfikacjom, ani też na czym te modyfikacje miałyby polegać i czym przedmiotowy wydruk różni się w swojej treści od dostępnego na stronie internetowej CEIDG. Jak słusznie zauważył Zamawiający, CEIDG jest rejestrem powszechnie dostępnym i jego treść w każdej chwili można z łatwością zweryfikować. Dodatkowo, wydruk z CEIDG jest wydrukiem z rejestru elektronicznego, a nie kopią dokumentu.

Z powyższego stanu faktycznego Odwołujący nie wywiódł żadnych okoliczności poza istnieniem omyłki lub niezgodności dat. Jak natomiast wynika z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nie odnosząc się już nawet do wymogu art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że zarzut odwołania przede wszystkim należy sformułować, tj. wskazać, jaka jest istota zarzucanej nieprawidłowości („odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne
i prawne uzasadniające wniesienie odwołania).
Odwołujący zarzucił także, że wybrany wykonawca Naftor Sp. z o.o. nie dysponuje dostatecznymi zasobami w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych
w zakresie grup interwencyjnych, gdyż z wiedzy Odwołującego wynika, że w lokalizacjach określonych przez Zamawiającego wybrany wykonawca nie posiada zasobów własnych
i musiałby się w związku z tym posiłkować zasobami podmiotu trzeciego. Wykazany podmiot trzeci – Agencja Ochrony HERA E. K. również nie posiada we wszystkich wskazanych lokalizacjach grup interwencyjnych, a złożone przez ten podmiot zobowiązanie do udostępnienia zasobów, jak również oświadczenie Naftor Sp. z o.o. złożone w ofercie
w tym zakresie mają celowo charakter ogólnikowy i nie określają lokalizacji, w których podmiot trzeci posiada przedmiotowy zasób.
Odwołujący wskazał także, że ani oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu ofertowym, ani treść przedłożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów Agencji Ochrony HERA E. K. nie potwierdza konkretnie, jakie zasoby mają zostać udostępnione wykonawcy w jakich lokalizacjach, a w formularzu ofertowym Naftor Sp. z o.o. zawarł sprzeczne ze sobą oświadczenia, w jakim zakresie polega na zasobach Agencji Ochrony HERA E. K., a w jakim zrealizuje zamówienie przy jego współudziale jako podwykonawcy.
Zdaniem Odwołującego prowadzi to do konkluzji na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, że udostępnienie ma charakter wyłącznie pozorny (nie ma walorów realności) i Naftor Sp. z o.o. zamierza wprowadzić dodatkowych podwykonawców w zakresie działania grup interwencyjnych dopiero na etapie przed podpisaniem umowy lub w trakcie jej realizacji.
Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez złożenie przez Naftor Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji.
Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania
o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, a zgodnie z punktem 17 tego artykułu także wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
W zakresie powyższego zarzutu Izba również zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.
Także do tego zarzutu należy ponowić stwierdzenie zawarte powyżej, tj. że zarzut należy po pierwsze prawidłowo sformułować, a po drugie – udowodnić (art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”). Samo stwierdzenie, że z wiedzy Odwołującego wynika jakiś stan faktyczny, jest daleko niewystarczające dla uwzględnienia zarzutu.
Co zaś do szczegółowości informacji zawartych w ofercie, to należy podkreślić, że wymagać od wykonawcy można tyle, ile wskazał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca przedłożył dokumenty zgodne z wzorami załączonymi do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Jeśli natomiast chodzi o korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowania i korzystanie z podwykonawstwa przez ten sam lub inny podmiot, to są to sprawy rozbieżne. Jeżeli bowiem dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie, nie ma powodu, by powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego – swojego przyszłego podwykonawcy. Co nie oznacza, że nie może korzystać z podwykonawstwa tego podmiotu przy realizacji zamówienia.
Jeśli natomiast Zamawiający powziąłby w zakresie posiadanych zasobów własnych
i udostępnianych jakieś wątpliwości lub potrzebowałby dodatkowych informacji, zawsze może poprosić wykonawcę o

wyjaśnienia lub doprecyzowanie.

Przywołany przez Odwołującego w ramach zarzutu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żaden

z postawionych zarzutów nie dotyczy oceny ofert według kryteriów, zatem przepis ten

w ogóle nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie zawarł prawidłowe stanowisko i nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego żadnego ze wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

a w konsekwencji orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1a, § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący:……