

Sygn. akt: KIO 2734/24

WYROK

Warszawa, dnia 03 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy ul. Mołdawskiej 9 (02 – 127 Warszawa), „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Mołdawskiej 9 (02 – 127 Warszawa), SILEZJAN SYSTEM SECURITY BIURO OCHRONY MIENIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Centralnej 24 (52 – 114 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, przy ul. Obornickiej 100-102 (50 – 984 Wrocław)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zawieszenia postępowania oraz unieważnienie czynności ponownego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu i:

2.1 zalicza na 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: „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SILEZJAN SYSTEM SECURITY BIURO OCHRONY MIENIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 077 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną przez tych wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztu dojazdu na

posiedzenie i rozprawę oraz kosztu z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 4 497 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2 zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – 2 Wojskowego Oddziału

Gospodarczego we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SILEZJAN SYSTEM SECURITY BIURO OCHRONY MIENIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 19 077 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2734/24

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „zamawiający”), prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pn.: „Ochrona fizyczna osób i mienia realizowana przez SUFO na rzecz 2. WOG - WROCŁAW - Część 2-znak postępowania: SOO/260/2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 110/2024 pod numerem 337714-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp”).

W dniu 01 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SILEZJAN SYSTEM SECURITY BIURO OCHRONY MIENIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynność zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na:

- 1) zawieszeniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) ponownym opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu,
- 3) udzieleniu w dniu 26 lipca 2024 r. odpowiedzi na pytanie wraz z modyfikacją warunku udziału w postępowaniu określone w ponownym ogłoszeniu o zamówieniu,
- 4) zmianie ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez zmianę wartości wymaganego doświadczenia z kwoty 27.000.000,00 zł brutto na kwotę 25.000.000,00 zł brutto,
- 5) zaniechaniu zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 411 ust. 11 pkt 2 Pzp w zw. z art. 411 ust. 8 i 9 Pzp poprzez bezpodstawne zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie ponowne opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu niezgodnie z Pzp, w sytuacji gdy Zamawiający nie wskazał minimalnej liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert, a co za tym idzie nie miał podstaw do zwieszenia prowadzonego postępowania,
- 2) art. 411 ust. 11 pkt 2 Pzp z zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp i art. 143 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne udzielenie w dniu 26 lipca 2024 r. odpowiedzi wraz z modyfikacją warunku udziału w postępowaniu i dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu po ponownym opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, w sytuacji gdy w przypadku zawieszenia postępowania i ponownej publikacji niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w dokumentacji postępowania prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu po pierwotnym terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co doprowadziło w szczególności do nierównego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie różnych warunków udziału w postępowaniu, które będą musieli spełnić wykonawcy biorący udział w postępowaniu,
- 3) art. 411 ust. 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia do złożenia oferty Odwołującego, jako wykonawcy, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegał odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do kontynuowania postępowania i zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty i nie miał podstaw do zawieszenia prowadzonego postępowania.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zawieszenia przedmiotowego postępowania oraz unieważnienie czynności ponownego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, a także unieważnienie wszystkich czynności po ponownym opublikowaniu ogłoszenia,
- 2) nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty, ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków:
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ponownego ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez zmianę wartości wymaganego doświadczenia na kwotę 27.000.000,00 zł brutto

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania ponieważ jako jedyny wykonawca, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu, który nie podlegał odrzuceniu. Odwołujący powinien zostać zaproszony do złożenia oferty, w wyniku czego odwołujący najprawdopodobniej uzyskałby przedmiotowe zamówienie do realizacji. W konsekwencji działań zamawiającego istnieje zatem możliwość poniesienia szkody przez odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego. Zamawiający ponadto dokonał, w wyniku zmiany ponownie opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu, obniżenia wartości wymaganego doświadczenia, jakie powinien posiadać wykonawca. Zamawiający naruszył więc interesy odwołującego poprzez utrudnienie mu dostępu do zamówienia tj. sformułowanie dla odwołującego wyższych wymagań, jakie musi spełnić w zakresie posiadanego doświadczenia, aby został zaproszony do złożenia oferty. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż działania zamawiającego mogą pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania odwołujący wskazał, iż w dniu 22 lipca 2024 r. zamawiający, wskazując jako podstawę art. 411 ust. 11 pkt 2 Pzp, zawiesił przedmiotowe postępowanie. Zamawiający jako powód takiego postępowania wskazał, że „wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu złożył tylko jeden wykonawca, a liczba ta jest niewystarczająca, aby zapewnić konkurencję”. Jak wynika z informacji z otwarcia wniosków z dnia 17 lipca 2024 r. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył tylko jeden wykonawca – odwołujący, a wniosek ten nie podlegał odrzuceniu. Na dowód czego odwołujący wskazał Informację o zawieszeniu postępowania z dnia 22 lipca 2024 r. i Informację z otwarcia wniosków z dnia 17 lipca 2024 r.

Następnie odwołujący wskazał, iż pismami z dnia 25 lipca 2024 r. i 29 lipca 2024 r. skierowanymi do zamawiającego, odwołujący kwestionował dokonane przez zamawiającego czynności zawieszenia postępowania, ponownego ogłoszenia postępowania oraz zmiany warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w dniu 31 lipca 2024 r. otrzymał odpowiedź, w której zamawiający przedstawiał argumentację na potwierdzenie swojego stanowiska.

Odwołujący podkreślił, iż nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego. Zgodnie z art. 411 ust. 11 Pzp, w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z ust. 8 i 9, zamawiający może:

- 1) kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, albo
- 2) zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo 3) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. Zamawiający ograniczając liczbę wykonawców wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert (art. 411 ust. 8 i 9 Pzp).

Z powyższego wynika wprost, że warunkiem zastosowania art. 411 ust. 11 Pzp jest określenie w ogłoszeniu o zamówieniu minimalnej liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert. Określenie w ogłoszeniu o zamówieniu minimalnej liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert jest uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiającego, co wynika z literalnej wykładni art. 411 ust. 8 i 9 Pzp.

Następnie odwołujący podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający nie skorzystał z uprawnienia przysługującego mu na mocy powyższego przepisu, to znaczy nie ograniczył liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert. Stosowna informacja o minimalnej liczbie wykonawców zaproszonych do składania ofert nie została zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu. Wręcz przeciwnie, w rozdziale 8 pkt 2 Informacji, zamawiający wskazał wprost: „Zamawiający nie określa minimalnej ilości wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty, spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanych określonych w Rozdziale 6 niniejszej informacji”.

Odwołujący zauważył ponadto, iż określenie przez ustawodawcę minimalnego limitu wykonawców zapraszanych do składania ofert, w postaci co najmniej 3 wykonawców, ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy sam zamawiający decyduje się na wprowadzenie takiego limitu. Żaden z przepisów Pzp nie wskazuje, ile minimalnie wykonawców musi złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, aby zamawiający mógł przejść do etapu zaproszenia do składania ofert. Wprowadzenie minimalnej liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert jest jedynie uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Nie można więc przyznać racji zamawiającemu, który w wyżej przywołanej normie upatruje kategorycznego nakazu udziału w przedmiotowym postępowaniu co najmniej 3 wykonawców – taki obowiązek nie wynika z żadnego przepisu Pzp.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, iż zamawiający jako gospodarz postępowania ponosi wszelkie skutki sporządzenia dokumentacji przetargowej, która to czynność jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej ewentualne

wady. Jeżeli zamawiający na etapie ogłoszenia zamówienia nie widział potrzeby wskazywania minimalnej liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert, co zakomunikował wykonawcom wprost poprzez zapis w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu, to nie może na etapie po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazywać na brak konkurencyjności. Wskazując bowiem, jak to uczynił zamawiający, że nie określa minimalnej ilości wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty, racjonalny zamawiający musi się liczyć z możliwością złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko przez jednego wykonawcę.

Wykładnia art. 411 ust. 8 Pzp nie budzi żadnych wątpliwości. Na gruncie Pzp nie została przeniesiona regulacja z art. 131j ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, która stanowiła, że: „Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, zaprasza do składania odpowiednio ofert, ofert wstępnych albo udziału w dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3”. Stąd wszelkie stanowiska orzecznicze oraz interpretacje wydane na podstawie przedmiotowego przepisu utraciły swą aktualność na gruncie postępowań prowadzonych na podstawie Pzp. Pzp nie zawiera tożsamego przepisu. Pzp nie nakłada obowiązku udziału w drugim etapie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa co najmniej 3 wykonawców.

Następnie odwołujący przywołał komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do art. 148 ust. 1 i 2 Pzp (będącego odpowiednikiem art. 411 ust. 8 i 9 Pzp, stosowanym w ramach trybu przetargu ograniczonego): „na gruncie Pzp zostało przesądzone wprost, że zamawiający ma możliwość, a nie obowiązek, ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do złożenia ofert w oparciu o ustalone przez zamawiającego kryteria selekcji”.

Dopuszczalność prowadzenia postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w przypadku złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko przez jednego wykonawcę, potwierdza także art. 411 ust. 11 pkt 1 Pzp, który dopuszcza, według uznania zamawiającego, możliwość dalszego procedowania pomimo braku złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez minimalną liczbę wykonawców.

Zdaniem odwołującego, nie sposób także przyjąć, jak to próbuje forsować zamawiający, że w Informacji doszło do oczywistej omyłki pisarskiej. Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Takich przymiotów nie

można przypisać zmianie wyrażenia „maksymalnej” na „minimalną”, w szczególności w kontekście normy wynikającej z art. 411 ust. 8 i 9 Pzp, który dopuszcza możliwość ustalenia minimalnej jak i maksymalnej liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert.

Według stanowiska odwołującego, do wykonawców biorących udział w postępowaniu nie należy badanie intencji zamawiającego, tylko przygotowanie wniosków w oparciu o udostępnioną dokumentację postępowania. Należy zauważyć, że gdyby faktycznie intencją Zamawiającego było określenie minimalnej liczby wykonawców mogących wziąć w drugim etapie postępowania, to powinno to znaleźć odzwierciedlenie, zgodnie z art. 411 ust. 9 Pzp, w ogłoszeniu o zamówieniu. Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera takich zapisów.

Odwołujący dalej podkreślił, iż zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska powołuje się na art. 38 Dyrektywy obronnej, czyli Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu: „w przypadku procedur ograniczonych, negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz dialogu konkurencyjnego, instytucje/podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do składania ofert lub negocjacji. W takim przypadku: – instytucje/podmioty zamawiające podają w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub reguły, które zamierzają stosować, minimalną liczbę kandydatów, których zamierzają zaprosić oraz, w stosownych przypadkach, ich maksymalną liczbę. Minimalna liczba kandydatów, których zamierzają zaprosić, nie może być mniejsza od trzech, – następnie instytucje/podmioty zamawiające zapraszają kandydatów w liczbie nie mniejszej niż ustalona wcześniej liczba minimalna, pod warunkiem że dostępna jest wystarczająca liczba odpowiednich kandydatów.

W przypadku gdy liczba kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji oraz posiadających wymagane minimum zdolności jest mniejsza od liczby minimalnej, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może kontynuować procedurę zapraszając kandydata lub kandydatów posiadających wymagane kwalifikacje.

Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający uzna, że liczba odpowiednich kandydatów jest zbyt niska, aby zapewnić rzeczywistą konkurencję, może zawiesić procedurę i ponownie opublikować pierwotne ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z art. 30 ust. 2 i art. 32, określając nowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału. W takim przypadku zaprasza się kandydatów wybranych po pierwszej publikacji ogłoszenia oraz

kandydatów wybranych po drugiej publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 34. Opcja ta nie narusza możliwości unieważnienia trwającej procedury udzielenia zamówienia przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający oraz wszczęcia nowej procedury”.

W związku z powyższym zdaniem odwołującego zapis ten potwierdza, że określenie minimalnej liczby wykonawców uzależnione jest od decyzji zamawiającego, który dodatkowo musi tę decyzję zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu. Dodać należy także, że dyrektywy nie mają bezpośredniego stosowania w krajach Unii Europejskiej, co oznacza, że aby mogły być stosowane w porządku prawnym danego kraju wymagają stosownej implementacji. Dyrektywa obronna została zaimplementowana do krajowego porządku prawnego ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, która to została uchylona z dniem 1 stycznia 2021 r. Ustawa ta, a tym samym zapisy dyrektywy obronnej, nie mają zastosowania do przedmiotowego postępowania. Jak już wskazano powyżej, art. 131j ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie ma tożsameru odpowiednika w Pzp. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający celowo nie przytacza treści całego przepisu Dyrektywy obronnej, gdyż wnioski z niego płynące są zbieżne z przedstawianymi przez Odwołującego.

Odwołujący na koniec podsumował, iż mając na uwadze powyższe przedmiotowy zarzut jest uzasadniony. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zawieszenia przedmiotowego postępowania, a powinien był kontynuować postępowanie z udziałem Odwołującego, tj. zaprosić odwołującego do złożenia oferty.

Dla uzasadnienia zarzutu 2 odwołujący ponownie wskazał, na brzmienie art. 411 ust. 11 Pzp. Zamawiający w przypadku zawieszenia postępowania (niezależnie od jego zasadności, która jest kwestionowana przez odwołującego), zdaniem odwołującego był uprawniony jedynie do ponownego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Literalnie zmiana ogłoszenia o zamówieniu może dotyczyć tylko terminu składania wniosków do udziału w postępowaniu. Żaden przepis szczególny Pzp umiejscowiony w Dziale VI – Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nie zawiera umocowania zamawiającego do dokonywania zmian w ogłoszeniu o zamówieniu. Wręcz przeciwnie – zgodnie z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a 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, rozdziału 3, z wyjątkiem art. 129 i art. 130 ust. 2, chyba, że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

W oparciu o art. 143 ust. 4 Pzp, niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. SWZ natomiast zawiera m.in.

informację o warunkach udziału w postępowaniu (art. 142 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Jak wynika z powyższego, niedopuszczalne są jakiekolwiek zmiany ogłoszenia o zamówieniu po zawieszeniu postępowania, oprócz zmiany terminu składania wniosków. Należy mieć na względzie, że zmiana warunków udziału w postępowaniu jest zmianą istotną, godzącą w podstawową zasadę Pzp – równego traktowania wykonawców. Zważyć należy, że zamawiający ma określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2024 r., sygn. akt. 1/24 „Zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. warunki udziału w postępowaniu wyrażają minimalne poziomy zdolności. W przypadku warunku odnoszącego się do doświadczenia zamawiający ocenia, czy zrealizowane wcześniej umowy pozwalają na uznanie, że wykonawca nabył stosowne umiejętności do realizacji zamówienia”. Skoro przed zawieszeniem postępowania zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej w postaci posiadania doświadczenia, tj. wykazania wykonania lub wykonywania jednej usługi w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia realizowanej przez SUFO (ochrona fizyczna realizowana przez uzbrojone formacje ochronne) o wartości minimum 27.000.000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w okresie maksymalnie 12 następujących po sobie miesięcy w ramach jednego kontraktu, to warunek ten musiał być uzasadniony przedmiotem zamówienia.

Następnie odwołujący na poparcie swojej argumentacji przywołał kolejne wyroki KIO, a w dalszej kolejności wskazał, iż ewentualna korekta warunku powinna mieć miejsce jeszcze przed pierwotnym terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wszakże w zaistniałym stanie faktycznym, mamy do czynienia z sytuacją, w której odwołujący spełnił pierwotne warunki udziału w zamówieniu, których żądał zamawiający, a być może będzie musiał konkurować z wykonawcą, który warunków takich nie spełnia. Niewątpliwie zmiana warunku udziału w postępowaniu na tym etapie stanowi niedozwoloną zmianę, naruszającą zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przewidzianą w art. 16 pkt 1 Pzp.

Ponadto, należy mieć na uwadze ratio legis art. 411 ust. 11 Pzp. Ustawodawca pozostawił zamawiającemu wybór – może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin

składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo unieważnić postępowanie. Tylko unieważnienie postępowania umożliwia zmianę dotychczasowych warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie mógł zmienić warunku udziału w postępowaniu. Czynności Zamawiającego polegające na zawieszeniu przedmiotowego postępowania i ponownym opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu są całkowicie bezpodstawne. Zmiana warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna.

Dla uzasadnienia zarzutu trzeciego odwołujący, podkreślił, iż jak już wykazał przy argumentacji wcześniejszych zarzutów, zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym nie mógł skorzystać z procedury przewidzianej w art. 411 ust. 11 Pzp – nie ma podstaw do zawieszenia, a następnie do ponownego ogłoszenia postępowania, oraz zmiany warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający winien więc zaprosić do składania oferty odwołującego, jako wykonawcę, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełniając postawione przez zamawiającego warunki. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie, oraz podjęcie czynności niemających uzasadnienia w przepisach Pzp, może spowodować nieuzyskanie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który prawidłowo złożył niepodlegający odrzuceniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a ponadto spełnia wymagania zamawiającego przewidziane w niniejszym postępowaniu (pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu).

Na koniec odwołujący podkreślił, iż czynności zamawiającego prowadzą do nierównego traktowania wykonawców oraz naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający nie zapraszając do złożenia oferty odwołującego, bezprawnie obniżając warunek udziału w postępowaniu, stwarza warunki dla popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji. Zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zapewnienie przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji jest obowiązkiem Zamawiającego. Opis warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i wszystkie czynności Zamawiającego podejmowane w trakcie postępowania muszą być zgodne z wyartykułowaną w art. 16 pkt 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, w dniu 27 sierpnia 2024 r. odpowiedź

na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik. Ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez odwołującego, wniósł o oddalenie odwołania w całości, a także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według spisu kosztów.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uwzględniając dokumentację postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez odwołującego na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówieniu publicznego pn. „Ochrona fizyczna osób i mienia realizowana przez SUFO na rzecz 2. WOG - Wrocław -Część 2”, znak postępowania nadany przez zamawiającego: SOO/260/2024.

Dnia 17 lipca 2024 r. zamawiający opublikował informację z otwarcia wniosków, z której wynikało, że wpłynął tylko jeden wniosek niepodlegający odrzuceniu złożony przez odwołującego.

Dnia 22 lipca 2024 r. zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania informację o zawieszeniu postępowania na podstawie art. 411 ust. 11 pkt 2 Pzp.

Dnia 23 lipca 2024 r. zamawiający opublikował informację o założeniu nowego postępowania na platformie zakupowej. Zamawiający ponownie opublikował ogłoszenie o

przedmiotowym zamówieniu, zakładając na platformie zakupowej na nowo postępowanie o numerze SOO/260/2024. Zamawiający wskazał iż postępowanie to jest kontynuacją postępowania SOO/260/2024 prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na ochronę fizyczną osób i mienia realizowaną przez SUFO, na rzecz 2. WOG - WROCŁAW CZĘŚĆ 2.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2024 r. udzielił odpowiedzi na pytanie wykonawcy modyfikując przy tym ogłoszenie o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej poprzez zmianę wartości posiadanego doświadczenia z kwoty 27.000.000,00 zł brutto na kwotę 25.000.000,00 zł brutto.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 411 ust. 11 pkt 2 Pzp w zw. z art. 411 ust. 8 i 9 Pzp poprzez bezpodstawne zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie ponowne opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu niezgodnie z Pzp, w sytuacji gdy zamawiający nie wskazał minimalnej liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert, a co za tym idzie nie miał podstaw do zwieszenia prowadzonego postępowania.

We wstępnych rozważaniach Izba chciała przywołać treść art. 411 ust. 8 i ust. 9, zgodnie z którymi, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. Zamawiający ograniczając liczbę wykonawców wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

Natomiast w art. 411 ust. 11 Pzp, ustawodawca wskazał, iż w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z ust. 8 i 9, zamawiający może:

- 1) kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, albo
- 2) zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo 3) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze brzmienie przywołanych przepisów, Izba podziela argumentację przedstawioną przez odwołującego iż, aby zamawiający mógł zastosować art. 411 ust. 11 Pzp jest niezbędne określenie przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu minimalnej liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert. W tym miejscu należy również podkreślić, iż przepisy Pzp umożliwiają przeprowadzenie przetargu ograniczonego bez zastosowania kryteriów selekcji. Jeśli jednak

zamawiający zdecyduje się na ograniczenie w stosunku do wykonawców, to wówczas zobowiązany jest on zaprosić do składania ofert taką liczbę wykonawców, która zapewni uczciwą konkurencję. W przypadku przetargu ograniczonego minimalna liczba wynosi trzech wykonawców.

Tak więc jeśli liczba wykonawców, który złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza od określonej przez zamawiającego liczby minimalnej to dopiero wówczas zamawiający ma do dyspozycji trzy możliwości dalszego postępowania wskazane właśnie w art. 411 ust.11 Pzp.

W rozstrzyganej sprawie zamawiający nie określił minimalnej liczby wykonawców, których zaprosi do złożenia ofert. Potwierdzeniem tego jest brzmienie pkt 2 w ROZDZIALE 8 „Zamawiający nie określa minimalnej ilości wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty, spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanych określonych w Rozdziale 6 niniejszej informacji”. Dodatkowo zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2024 r. skierowanym do odwołującego w pkt 2 potwierdził powyższe wskazując: „Zamawiający nie ogranicza liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert spośród wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu, dlatego w dokumentacji nie określił kryteriów selekcji.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający tym samym pozbawiał się możliwości skorzystania z art. 411 ust. 11 określając w SWZ, iż nie wskazuje on minimalnej ilości wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty spełniających warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też, odpowiedź zamawiającego z dnia 31 lipca 2024 r. skierowana do odwołującego określająca w pkt 1, iż: „Zgodnie z ustawą przetarg ograniczony jest traktowany jako procedura konkurencyjna, ustawa określa minimalną ilość wykonawców jako 3 wykonawców”, potwierdza, iż upatrywanie przez zamawiającego, iż z przepisów Pzp wynika, że w postępowaniu udział powinno wziąć z co najmniej 3 wykonawców, a jeśli nie to zamawiający ma prawo skorzystania z art. 411 ust. 11 jest niezasadne.

Powyższe potwierdza również, iż w obecnie obowiązującej ustawie Pzp, próżno szukać regulacji z art. 131 j ust. 1 znajdującego się w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29

stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych, który stanowił, iż: „Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, zaprasza do składania odpowiednio ofert, ofert wstępnych albo udziału w dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3”, na co również zwrócił uwagę odwołujący.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie podziela również argumentacji zamawiającego, przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanej na rozprawie, iż motywem jego działania jest powinność zapewnienia rzeczywistej konkurencji w prowadzonym postępowaniu. Izba pragnie zauważyć, iż zamawiający chcąc zapewnić konkurencyjność prowadzonego postępowania posiadał stosowne instrumenty wskazane w ustawie Pzp, jednak z nich nie skorzystał.

Argumentacja zamawiającego wskazująca na to, iż ze strony zamawiającego doszło do oczywistej omyłki również jest chybiona, ponieważ w ocenie Izby, stanowisko to nie znajduje odzwierciedlenia w zebranym materiale procesowym. Przeczy temu także fakt, iż zamawiający w analogicznych postępowaniach: SOO/202/2024, SOO/261/2024 czy SOO/286/2024 zawarł identyczne brzmienie pkt 2 w ROZDZIALE 8 „Zamawiający nie określa minimalnej ilości wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty, spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanych określonych w Rozdziale 6 niniejszej informacji”, na potwierdzenie czego odwołujący złożył dowody na rozprawie.

Przechodząc do kolejnego zarzutu tj., naruszenia art. 411 ust. 11 pkt 2 Pzp z zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp i art. 143 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp Izba wskazuje, iż zawieszając postępowanie, zamawiający nie dokonuje formalnego zakończenia postępowania poprzez jego unieważnienie, a jedynie je kontynuuje ponownie publikując ogłoszenie o zamówieniu, określając nowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Sam zamawiający w Informacji o złożeniu nowego postępowania na platformie zakupowej z dnia 23 lipca 2024 r. potwierdził powyższe i wskazał, iż: „zamawiający informuje (...) że założone zostało nowe postępowanie (...) po odwieszeniu, które jest kontynuacją postępowania SOO/260/2024 prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na ochronę fizyczną osób i mienia realizowaną przez SUFO, na rzecz 2. WOG - WROCŁAW CZĘŚĆ 2”.

Dlatego też mając na uwadze powyższe jak również brzmienie art. 143 ust. 4 ustawodawca wprowadził ograniczenie możliwości dokonania zmian w treści SWZ. Nie można dokonać zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia. A contrario, po upływie tego terminu są dopuszczalne zmiany w treści SWZ, ale tylko takie, które nie prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zakaz ten podyktowany jest faktem, że zmiany w SWZ skutkujące zmianami w ogłoszeniu mogłyby prowadzić do zmiany kręgu wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

Reasumując zamawiający nie był uprawniony na tym etapie postępowania do dokonywania zmian w warunkach udziału w postępowaniu.

Konkludując, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 411 ust. 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp ze względu na to, iż zamawiający nie miał podstaw do zawieszenia postępowania i był zobowiązany je kontynuować zgodnie z uregulowaniami Pzp. Izba nie nakazywała zamawiającemu podejmowania kolejnych czynności, które w postępowaniu,

ponieważ leży to w gestii zamawiajcie jako dysponenta postępowania.

Dlatego biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie zasługiwało na uwzględnieniu w związku z potwierdzeniem zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania i koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Mając na uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: