**Sygn. akt: KIO 4301/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 2 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnośc z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 33 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Nowej Dębie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz K. – Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie

**orzeka:**

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnośc z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 4301/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający 33 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Nowej Dębie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na usługę ochrony osób i mienia realizowana w formie bezpośredniej ochrony fizycznej terenów, obszarów, obiektów i urządzeń stanowiących jego wyposażenie w kompleksach wojskowych administrowanych przez 33 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Nowej Dębie (zamówienie z podziałem na 9 części)". Wewnętrzny identyfikator: OB1/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 132/2024 r. pod numerem 408194-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 18 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniesł odwołanie w zakresie części 1 – 9 zamówienia wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)dopuszczeniu do udziału w postępowaniu w zakresie części 1 – 9 i zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum składzie: Skarem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli i Skarem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Stalowej Woli (dalej jako „Konsorcjum Skarem"),

2)zaniechaniu odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Skarem, z uwagi na niespełnianie przez Konsorcjum Skarem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, tj. doświadczenia,

3)wezwaniu Konsorcjum Skarem do wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie wykonania zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a następnie dopuszczeniu możliwości dokonania zmiany przez Konsorcjum Skarem treści tego oświadczenia w drodze udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego,

4)dopuszczeniu do udziału w postępowaniu w zakresie części 1 – 9 i zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum w

składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KARABELA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu i KARABELA - SERWIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Konsorcjum K.”),

5)zaniechaniu odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum K. pomimo, że Konsorcjum K., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego dla wszystkich Członków Konsorcjum K., tj. Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „KARABELA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz KARABELA – SERWIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie złożyło dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1)art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 w zw. z art. 405 ust. 5 w zw. z art. 128 ust. 4 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp poprzez:

a)zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Skarem, pomimo, że Konsorcjum Skarem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, z uwagi na fakt, że usługi, do realizacji których wymagane jest posiadanie doświadczenia wykonywać ma Członek Konsorcjum Skarem – Skarem sp. z o.o. sp.k., który nie posiada wymaganego doświadczenia,

b)wezwanie Konsorcjum Skarem do wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie wykonania zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, pomimo, że treść oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Skarem wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie budziła wątpliwości,

c)dopuszczenie możliwości dokonania zmiany treści oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie wykonania zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożonego przez Konsorcjum Skarem, w drodze udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, podczas, gdy wskazane oświadczenie nie podlega zmianom po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu, w szczególności z uwagi na fakt, że podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

- a w konsekwencji dopuszczenie Konsorcjum Skarem do udziału w postępowaniu i zaproszenie Konsorcjum Skarem do składania ofert,

2)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 405 ust. 5 w zw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum K., pomimo, że Konsorcjum K. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego dotyczących wszystkich Członków Konsorcjum K., tj. Karabel Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „KARABELA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz KARABELA – SERWIS spółki ograniczoną odpowiedzialnością, nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2)powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
3)odrzucenia wniosku złożonego przez Konsorcjum Skarem,
4)odrzucenia wniosku złożonego przez Konsorcjum K..

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz K. – Serwis Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrzucenia wniosków dwóch konkurencyjnych podmiotów, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba do materiału dowodowego włączyła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w oparciu o którą ustalono, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony mienia realizowana w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej terenów, obszarów, obiektów i urządzeń stanowiących jego wyposażenie w jednostkach i instytucjach będących na zaopatrzeniu 33 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Nowej Dębie. Zamówienie zostało podzielone na 9 części.

Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu dla każdej części wskazał m.in. na warunek w zakresie dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazując, który zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże zrealizowanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 5 usług polegających na świadczeniu stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia, z których każda trwała nieprzerwalnie minimum 12 miesięcy i jej wartość wynosiła co najmniej 300 000,00 tyś zł brutto. Do wniosku należało załączyć wykaz usług oraz dowody potwierdzające, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

W zakresie wszystkich części zamówienia złożono osiem wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Skarem wraz z wnioskiem złożyło wykaz usług wraz z referencjami wystawionymi na rzecz Skarem Sp. z o.o. Ponadto Konsorcjum załączyło oświadczenie ozakresie wykonania zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym wskazano m.in., że wykonawca Skarem Sp. z o.o. zrealizuje usługę ochrony fizycznej zgodnie z wymaganiami, zatrudni pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe, a wykonawca Skarem Sp. z o.o. Sp. k. zrealizuje usługę ochrony fizycznej zgodnie z wymaganiami, zatrudni pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe, będzie sprawował nadzór nad realizacją usługi.

Pismem z 18 września 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Skarem na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wykazu usług potwierdzających zrealizowanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 5 usług polegających na świadczeniu stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia, z których każda trwała nieprzerwalnie minimum 12 miesięcy i jej wartość wynosiła co najmniej 300 000,00 tyś zł brutto. Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, wymagał złożenia wraz z wnioskiem wykazu usług potwierdzających zrealizowanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Lider konsorcjum Skarem Sp. z o. o.w złożonym wykazie wskazał usługi których okres obowiązywania jest krótszy niż 12 miesięcy.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum Skarem złożyło poprawiony wykaz usług wraz z referencjami wystawionymi na rzecz Skarem Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z 2 października 2024 r. zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu we wszystkich częściach zamówienia, wskazując, że zaproszenia do II etapu postępowania otrzymają wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski.

Wobec tej czynności Odwołujący w dniu 14 października 2024 r. wniósł odwołanie.

Pismem z 15 października 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonanej 2 października 2024 r. oraz unieważnieniu czynności zaproszenia do złożenia ofert.

Postanowieniem z dnia 23 października 2024 r., sygn. akt KIO 3798/24,Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że stało się ono bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, że zaskarżona czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 2 października 2024 r., jak i powiązane z tą czynnością zaniechania, które stanowiły podstawę do sformułowania zarzutów

i wniesienia odwołania oraz czynność z dnia 4 października 2024 r. – zaproszenia wykonawców do złożenia oferty, przestały istnieć z dniem 15 października 2024 r.

Zamawiający pismem z 18 października 2024 r. wezwał Konsorcjum Skarem na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego oświadczenia w zakresie wykonania zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, poprzez wyjaśnienie, jakich czynności dotyczy zapis: „Wykonawca Skarem Sp. z o.o. Sp. K. zrealizuje usługę ochrony fizycznej zgodnie z wymaganiami, zatrudni pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe, będzie sprawował nadzór nad realizacją usługi."

Odpowiadając na to wezwanie Konsorcjum Skarem wskazało, że w zakresie wykonania zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wykonawca Skarem sp. z o. o. zrealizuję usługę ochrony fizycznej zgodnie z wymaganiami, zatrudni pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe, natomiast Wykonawca Skarem sp. z o. o. sp. k. będzie sprawował nadzór nad realizacją usługi.

Zamawiający pismem z 22 października 2024 r. wezwał ponadto Konsorcjum Skarem na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego w dniu 23 września 2024r. wykazu usług w zakresie poz. 1, poz. 4 i poz. 6 poprzez wskazanie dla ww. usług wyłącznie wartości zrealizowanych usług stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia, z pominięciem wartości innych usług.

W odpowiedzi na to wezwanie przedstawiono wykaz usług z wyodrębnieniem konkretnych wartości dotyczących usług ochrony fizycznej osób i mienia.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z 18 października 2024 r. wezwał Konsorcjum K.na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla wszystkich członków konsorcjum tj. zarówno dla lidera jak i wszystkich partnerów tworzących konsorcjum. Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty, będące przedmiotem wezwania aktualne na dzień ich złożenia.

W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum K. złożyło informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla spółki Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „K." Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu – stan na dzień 22 października 2024 r., data dokonania ostatniego wpisu 28 czerwca 2024 r. oraz informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla spółki K. - Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie – stan na dzień 22 października 2024 r., data dokonania ostatniego wpisu 11 lipca 2024 r.

Zamawiający pismem z 6 listopada 2024 r. zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu we wszystkich częściach zamówienia, wskazując, ze zaproszenia do II etapu postępowania otrzymają wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski.

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 w zw. z art. 405 ust. 5 w zw. z art. 128 ust. 4 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, dotyczący wniosku Konsorcjum Skarem, nie potwierdził się.

Zgodnie z art. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Art. 117 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z kolei w myśl ust. 4 tego przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Z kolei art. 405 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia nie później niż na dzień składania ofert.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o

zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklarację o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim wykazami usług czy osób) umożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomiędzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami (por. wyrok KIO z 3 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 159/23).

Mając powyższe na względzie Izba nie neguje stanowiska Odwołującego, że w świetleprzedstawionych przez Konsorcjum Skarem w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykazów usług i referencji, to lider konsorcjum - spółka Skarem Sp. z o.o. powinna zasadniczo wykonać usługi ochrony osób i mienia składające się na przedmiot zamówienia. To ten członek konsorcjum posiada bowiem wymagane przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu doświadczenie. Niemniej w ocenie Izby, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Skarem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, brak jest podstaw do stwierdzenia, że Skarem Sp. z o.o., czyli spółka posiadająca wymagane doświadczenie, nie będzie realizować zasadniczych usług ochrony fizycznej, do których odnosi się warunek.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wezwanie przez Zamawiającego Konsorcjum Skarem w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum naruszało przepisy ustawy. Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oświadczeń czy dokumentów składanych w postępowaniu, jeśli poweźmie wątpliwości np. co do tego czy wykazują one spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Niekiedy uprawnienie to przekształca się wręcz w obowiązek, to na Zamawiającym ciąży bowiem powinność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp i przy dochowaniu należytej staranności. Jednocześnie Zamawiający kierując takie wezwanie zobowiązany jest respektować zasady ogólne, w tym w szczególności zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dlatego skierowanie do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie może stanowić obejścia wypracowanej w orzecznictwie zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Skarem uprzednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy w oparciu o treść złożonych oświadczeń i dokumentów zachodzić mogła wątpliwość co do ich wzajemnej korelacji (na brak takiej korelacji wskazywał Odwołujący), nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający nie podzielił także stanowiska Odwołującego dotyczącego braku możliwości zmiany treści oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie wyłączają możliwości zastosowania art. 128 ustawy Pzp w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. art. 395 ust. 1 ustawy Pzp). Wywodzenie przez Odwołującego w oparciu o treść art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, że oświadczenie o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum nie może podlegać wyjaśnieniom czy zmianom w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowi w ocenie Izby nadinterpretację wyłączającą w sposób nieuzasadniony zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W art. 405 ust. 5 ustawy Pzp jest wyłącznie mowa o momencie, na jaki oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowe środki dowodowe, mają potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przepis ten nie zakazuje możliwości uzupełnienia czy poprawiania treści złożonych oświadczeń czy podmiotowych środków dowodowych. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby uznać, że wykonawca, który złożyłby wraz z wnioskiem wykaz usług niewykazujący spełnienia warunku nie mógłby go następnie uzupełnić o inne usługi w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Jako przykład można tu wskazać sytuację, kiedy wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wraz z wnioskiem złożyłby wykaz usług zrealizowanych przez jednego członka konsorcjum oraz skorelowane z nim oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. W przypadku stwierdzenia, że wykazane usługi nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany byłby wezwać konsorcjum do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a wykonawca byłby wówczas uprawniony do przedstawienia w wykazie usług nowych usług, w tym tych wykonanych przez innego członka konsorcjum. W takiej sytuacji wykonawca musiałby także złożyć nowe oświadczenie o podziale

zadań pomiędzy członków konsorcjum odpowiednio z nim skorelowane. Tego rodzaju procedura uzupełniająca nie przeczy temu, że na moment składania wniosków wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu – posiadał bowiem wymagane doświadczenie, a jedynie wskazał inne usługi referencyjne i inny podział zadań pomiędzy członków konsorcjum.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że w wyniku odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum doszło w rzeczywistości do złożenia nowego oświadczenia, a nie do złożenia wyjaśnień, Izba wskazuje, że jeżeli Odwołujący uważał, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wystosowane w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wykonawca nie mógł zmienić czy też doprecyzować treści złożonego oświadczenia, to powinien postawić zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew stanowisku Odwołującego oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp może co do zasady podlegać uzupełnieniu. Jest ono powiązane z wykazaniem spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a skoro w świetle art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dopuszczalne jest uzupełnienie lub poprawa złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp również należy traktować jako uzupełnialne. Nie jest zaś możliwe odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp bez wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem – jak już wskazano powyżej - Konsorcjum Skarem nie było wzywane przez Zamawiającego do poprawienia czy uzupełnienia oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje okoliczność czy należałoby uznać za dopuszczalne samouzupełnienie tego oświadczenia przez wykonawcę złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, skoro Odwołujący nie objął zakresem zaskarżenia zaniechania wezwania Kosorcjum Skarem do uzupełnienia oświadczenia o podziale zadań między członków konsorcjum na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Skarem Izba stwierdziła, że faktycznie wyjaśnienia te zawężały pierwotnie wskazany udział partnera konsorcjum w realizacji zamówienia, przy czym udział lidera konsorcjum (Skarem sp. z o.o.), posiadającego wymagane doświadczenie, pozostał niezmienny i obejmował realizację „usług ochrony fizycznej zgodnie z wymaganiami, zatrudnienie pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe". Odwołujący nie kwestionował faktu, że taki opis zadań w sposób pełny wpisuje się w zakres usług objęty warunkiem udziału w postępowaniu. W konsekwencji w ocenie Izby planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów, ponieważ to Skarem Sp. z o.o. ma zrealizować usługi w zakresie wynikającym z warunku udziału w postępowaniu, który referował do usług polegających na świadczeniu stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia trwających minimum 12 miesięcy i o wartości co najmniej 300 000,00 tyś zł brutto. Odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał. Odwołujący jedynie hasłowo wskazał, że partner Konsorcjum Skarem nie posiada kompetencji, aby sprawować nadzór nad realizacją usługi, niemniej nie zmienia to faktu, że zasadniczo usługi ochrony fizycznej mają być zrealizowane przez podmiot legitymujący się wymaganym doświadczeniem – lidera konsorcjum. To ta okoliczność była kluczowa i Odwołujący w żaden sposób jej nie podważył. Przy czym warunek udziału w postępowaniu nie referował do kwestii nadzoru nad realizacją usług, Odwołujący też szerzej do samego nadzoru i wymagań wynikających z warunku udziału czy z opisu przedmiotu zamówienia się nie odniósł. Nadzór zaś może przybrać różnorodną postać, jak chociażby nadzór finansowy czy organizacyjny. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił twierdzeń ani dowodów, które podważyłyby fakt spełnienia przez Konsorcjum Skarem warunku udziału w postępowaniu, a to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut odnoszący się do wniosku Konsorcjum K., tj. zarzut naruszenia art.128 ust. 1 w zw. z art. 405 ust. 5 w zw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Art. 405 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia nie później niż na dzień składania ofert. Zgodnie zaś z art. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący naruszenie ww. przepisów wywodził z faktu, że Konsorcjum K. na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp złożyło informacje odpowiadające aktualnym odpisom z rejestru przedsiębiorców dla obu członków Konsorcjum wygenerowane 22 października 2024 r., a zatem potwierdzające stan istniejący na dzień 22 października 2024 r., czyli po terminie składania wniosków (12 sierpnia 2024 r.).

Stanowisko Odwołującego Izba uznała za niezasadne.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że w świetle art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa składane podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Niemniej powyższego nie należy utożsamiać z tym, że data wystawienia składanego podmiotowego środka dowodowego nie może być późniejsza niż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie to nie data wystawienia dokumentu mającego potwierdzać brak podstaw wykluczenia ma tu zasadnicze znaczenie, lecz okoliczność na jaki moment dokument ten potwierdza istnienie określonego stanu faktycznego. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie zatem bez znaczenia, jeśli z treści dokumentu wynikać będzie, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków. Sama data wystawienia środka dowodowego, jest wtórna, wobec wymagań, które ustawodawca stawia dla określonej treści dowodów. Istotnym jest, aby przedłożone dowody, w sposób prawidłowy, potwierdzały stan istniejący w dacie nie późniejszej niż wyznaczony przez zamawiającego dzień składania wniosków w postępowaniu (por. m.in. wyrok z dnia 27 marca 2019 r., sygn. akt KIO 420/19, wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2819/20).

Odwołujący nie wykazał, aby w przypadku Konsorcjum K. tak nie było. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący w postępowaniu odwoławczym podnosili, że złożone informacje z rejestru przedsiębiorców, mimo że były informacjami odpowiadającemu odpisowi aktualnemu, a nie pełnemu i zostały wygenerowane w dniu 22 października 2024 r., to dokumentowały także stan istniejący w chwili złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe wynikało z dat ostatniego wpisu w rejestrze, którymi były odpowiednio dla lidera konsorcjum 28 czerwca 2024 r., a dla partnera konsorcjum 11 lipca 2024 r., podczas gdy termin składania wniosków upływał 12 sierpnia 2024 r. Odwołujący w ogóle do tych twierdzeń się nie odniósł, a prezentowane przez niego stanowisko było *stricte* formalistyczne, oparte wyłącznie o datę wygenerowania dokumentów i abstrahujące od danych wynikających z ich treści. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący pominął także okoliczność, że Zamawiający w skierowanym do Konsorcjum K. w piśmie z 18 października 2024 r. wezwaniu wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty, będące przedmiotem wezwania, aktualne na dzień ich złożenia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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). Z uwagi na oddalenie odwołania kosztami postępowania odwoławczego obciążono Odwołującego, zaliczając do nich wpis od odwołania w kwocie 15 000 zł uiszczony przez Odwołującego. Zamawiający nie złożył wniosków kosztowych w sprawie.

Przewodnicząca:…….…….....