

sygn. akt KIO 1725/24
sygn. akt KIO 1747/24
sygn. akt KIO 1773/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik
Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) 17 maja 2024 r. przez wykonawcę CENZIN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, sygn. akt KIO 1725/24,
- 2) 20 maja 2024 r. przez wykonawcę Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2 spółkę akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy, sygn. akt KIO 1747/24,
- 3) 20 maja 2024 r. przez wykonawcę Megmar Logistics & Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, sygn. akt KIO 1773/24,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa 32 Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy MMC CONSULTING spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, sygn. akt KIO 1773/24,

orzeka:

sygn. akt KIO 1725/24

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego CENZIN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego CENZIN spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

sygn. akt KIO 1747/24

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2 spółkę akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2 spółki akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

sygn. akt KIO 1773/24

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 10 maja 2024 r. tj. zakwalifikowania wniosków do II etapu postępowania oraz czynności zaproszenia wykonawców do składania ofert, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny wniosków w tym unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego Megmar Logistics & Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia wniosku tego Wykonawcy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Megmar Logistics & Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego oraz poniesioną przez Odwołującego Megmar Logistics & Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Megmar Logistics & Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów uiszczonych przez Odwołującego Megmar Logistics & Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie tytułem wpisu od odwołania i tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1725/24

sygn. akt KIO 1747/24

sygn. akt KIO 1773/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa 32 Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn.: „Dostawa części do statków powietrznych”, nr referencyjny 30/PO/2024/OiB. Postępowanie podzielone jest na dwa etapy:

ETAP I – składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wszystkich zainteresowanych wykonawców (dalej: „Wniosek”) na zaproszenie do składania wniosków (dalej: „Zaproszenie”);

ETAP II – udostępnienie Wykonawcom Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z zaproszeniem do składania ofert, składanie ofert wyłącznie przez Wykonawców zaproszonych do składania ofert, ich ocena i wybór najkorzystniejszej oferty.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 marca 2024 r., Dz.Urz.UE S: 55/2024 nr 160158-2024.

Sygn. akt KIO 1725/24

W postępowaniu tym wykonawca GENZIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący 1” lub „Cenzin”) 17 maja 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego 1 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w konsekwencji uznania, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp — mimo, że okoliczności uzasadniające wykluczenie Odwołującego 1 się w oparciu o wyżej wskazaną podstawę prawną nie zachodzą.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu zachodzi przesłanka uzasadniająca wykluczenie Odwołującego 1 w oparciu o wskazany przepis, podczas gdy nie wystąpiła żadna okoliczność mogąca uzasadnić przypuszczenie, że Odwołujący 1 zawarł z innymi porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
- 2) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp przez odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w konsekwencji błędnego uznania, że Odwołujący 1 podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia że przesłanka uzasadniająca odrzucenie wniosku w niniejszym postępowaniu nie zachodzi.

W związku z powyższym, Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego, to jest odrzucenia wniosku o dopuszczenie Odwołującego 1 do udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz nakazanie dopuszczenia Odwołującego 1 do udziału w przedmiotowym postępowaniu, ewentualnie o nakazanie powtórzenia przez Zamawiającego czynności rozpatrzenia wniosku o

dopuszczenie Odwołującego 1 do udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący 1 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący 1 wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność obejmującą m.in. sprzedaż i obrót częściami lotniczymi, a tym samym podmiotem zainteresowanym w uzyskaniu Zamówienia. Odwołujący 1 argumentował, że na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na odmowie dopuszczenia do udziału Odwołującego 1 się w postępowaniu na podstawie wadliwie określonych przez Zamawiającego przesłanek. W kontekście powyższego wskazania wymaga, że naruszenia ustawy Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiają Odwołującemu 1. ubieganie się o udzielenie zamówienia i wykluczają wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Następnie Odwołujący 1 przedstawił uzasadnienie zarzutów odwołania.

Sygn. akt KIO 1747/24

W postępowaniu tym wykonawca Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2 spółkę akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący 2” lub „WZL2”) 20 maja 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego 2, a także wobec zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, że sam fakt przynależności Odwołującego do jednej grupy kapitałowej z innym przedsiębiorcą składającym wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi podstawę do przyjęcia istnienia porozumienia zakłócającego konkurencję, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP (domniemanie prawne), podczas gdy przyjęcie, że doszło do zawarcia takiego porozumienia wymaga istnienia i wskazania przez Zamawiającego wiarygodnych przesłanek uzasadniających przyjęcie takiego domniemania;
- 2)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wezwanie Odwołującego się do wskazania różnic w zakresie przygotowania wniosku, potencjalnego grona dostawców, czy też realizacji zamówienia z tożsamymi elementami złożonymi przez Spółkę CENZIN sp. z o.o., podczas gdy ustalenie tych okoliczności, tj. ustalenie czy zachodzą wiarygodne przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp spoczywało na Zamawiającym;
- 3)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez brak wskazania w uzasadnieniu odrzucenia wniosku Odwołującego wiarygodnych przesłanek uzasadniających w ocenie Zamawiającego przyjęcie domniemania istnienia porozumienia zakłócającego konkurencję pomiędzy Odwołującym i innym wykonawcą (CENZIN sp. z o.o.) oraz zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonego oświadczenia na podstawie art. 128 ust. 4 PZP w sytuacji, gdy treść oświadczenia złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2024 r. wynikała z błędnej i nieprecyzyjnej treści samego wezwania, co spowodowało brak wyjaśnienia okoliczności istotnych dla oceny wniosku Odwołującego, a w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp;
- 4)art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że Odwołujący w treści oświadczenia złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2024 r. nie odniósł się do sporządzonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. nie wskazał na fakt jego samodzielnego sporządzenia), a jedynie do oferty, podczas gdy Odwołujący wprost wskazał w treści oświadczenia, iż działa w przedmiotowym postępowaniu autonomicznie, co jest równoznaczne z samodzielnym dokonywaniem wszystkich czynności w toku całego postępowania, w tym z samodzielnym sporządzeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wyjaśnił należycie okoliczności wskazanych w wezwaniu z dnia 23.04.2024 r. i tym samym błędne uznanie, że wniosek Odwołującego podlega odrzuceniu;
- 5)art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie wniosku złożonego przez Odwołującego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp z powołaniem się na zaistnienie przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo tego, iż Zamawiający nie ustalił i nie wskazał skutecznie istnienia wiarygodnych przesłanek, że Odwołujący dopuścił się zmowy przetargowej z innym wykonawcą 5 (CENZIN sp. z o.o.), a tym samym brak było podstaw do odrzucenia wniosku Odwołującego na tej podstawie;
- 6)art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i niezwrócenie się bezpośrednio do Polskiej Grupy Zbrojeniowej S.A. – podmiotu dominującego wobec Odwołującego i CENZIN, jako będącego w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie ustalenia stanu faktycznego dla oceny spełnienia

przez wykonawców przynależących do tej samej GK (Odwołującego i CENZIN) warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, podczas gdy z Informacji Zamawiającego o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 10.05.2024 r. wynika, że Zamawiający pozyskał informacje ze strony internetowej PGZ S.A., jednakże jedynie w zakresie samej przynależności Odwołującego i CENZIN to Grupy Kapitałowej PGZ, co nie może jednak stanowić samodzielnie wystarczającej przesłanki do zarzucenia czy stwierdzenia zawarcia porozumienia w celu zakłócenia konkurencji;

Z daleko posuniętej ostrożności – na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt od 1 do 6 powyżej – Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

7)art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez ich zastosowanie i błędne uznanie, iż niedostateczne wyjaśnienie przez Odwołującego okoliczności wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 23.04.2024 r. jest jednoznaczne z potwierdzeniem domniemania zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia, co w konsekwencji stanowiło podstawę do przyjęcia zaistnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, podczas gdy ocena przez Zamawiającego wyjaśnień z dnia 26.04.2024 r. złożonych przez Odwołującego jako niewystarczających, powinna skutkować ewentualnym odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, tj. z powodu nieprzedłożenia w terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia; 8) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji gdy uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący niedostatecznie wyjaśnił okoliczności wskazane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 23.04.2024 r. (tj. nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w treści oczekiwanej przez Zamawiającego) powinno skutkować uznaniem, że nie uzupełnił on w terminie braków formalnych wskazanych w wezwaniu i w konsekwencji odrzuceniem wniosku na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 10.05.2024 r. polegającej na odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Odwołującego,
- 2)nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego jako ważnego, tj. niepodlegającego odrzuceniu i w konsekwencji dopuszczenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, ewentualnie - w przypadku uznania wyjaśnień Odwołującego za niewystarczające – nakazanie podjęcia czynności w oparciu o art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 2 wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący 2 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący 2 wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność obejmującą m.in. produkcję i sprzedaż części zamiennych do statków powietrznych, a tym samym jest podmiotem zainteresowanym w uzyskaniu Zamówienia. Odwołujący 2 wskazał, że naruszenia ustawy Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, polegające na odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Odwołującego 2 wykluczają jego dalszy udział w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym możliwość złożenia oferty i jej ewentualny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Wyeliminowanie w ten sposób Odwołującego 2 naraża go na szkodę wynikającą z braku uzyskania tego zamówienia i braku osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku. Odwołujący 2 podkreślił, iż funkcjonowanie przedsiębiorstwa Odwołującego 2 w dużej mierze opiera się na realizacji tego typu zamówień w ramach przetargów prowadzonych na podstawie ustawy Pzp, jak jest to objęte przedmiotowym postępowaniem.

W dalszej części Odwołujący 2 wskazał uzasadnienie zarzutów odwołania.

Sygn. akt KIO 1773/24

W postępowaniu tym wykonawca Megmar Logistics & Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie (dalej: „Odwołujący 3”) 20 maja 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego a polegających na odrzuceniu wniosku Odwołującego 3 złożonego w postępowaniu i uznaniu, że wniosek został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący 3 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez uznanie, że wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołującego 3 podlega odrzuceniu, ponieważ został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, pomimo że nie ziszczyły się przesłanki do jego odrzucenia;
- 2)art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący 3 podlega wykluczeniu, pomimo że nie ziszczyły się

przesłanki określone w tym przepisie;

3)art. 411 ust. 10 ustawy Pzp przez zaniechanie zaproszenia Odwołującego 3 do składania ofert w Postępowaniu, mimo że wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożony przez Odwołującego 3 nie podlega odrzuceniu;

4)art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego 3 i wykluczenia go z postępowania, pomimo braku podstaw;

ewentualnie

5)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego 3 do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów, pomimo wyraźnego oświadczenia przez Odwołującego 3 o braku postaw do wykluczenia z postępowania;

6)art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego 3 z postępowania w sytuacji, gdy wykluczenie było w sposób oczywisty nieproporcjonalne do zakresu przyczynienia się Odwołującego 3 do niewykonania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a które to naruszenie spowodowało niesłuszne wykluczenie Odwołującego 3 i odrzucenie złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania; ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego; uznanie, że wniosek Odwołującego nie podlega odrzuceniu; zaproszenie Odwołującego do złożenia ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 3 wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący 3 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący 3 wyjaśnił, że jako jeden z wykonawców biorących udział w Postępowaniu o udzielenie zamówienia i zainteresowany jego uzyskaniem. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołującego 3 argumentował, że jego interes może doznać uszczerbku, w związku z czym Odwołujący 3 może ponieść szkodę wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego 3 możliwości pozyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w postępowaniu zysku. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji Odwołujący 3 będzie miał możliwość złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe dowodzi, zdaniem Odwołującego 3 posiadania przez niego interesu w uzyskaniu zamówienia kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. W dalszej części odwołania, Odwołujący 3 przedstawił uzasadnienie zarzutów.

W złożonej pismem z 3 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołania, Zamawiający wniósł o ich oddalenie przedstawiając uzasadnienie oraz załączając dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującym zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są wykonawcą biorącymi udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1773/24 przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca MMC CONSULTING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w odwołaniach, w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (OiB), zgodnie z regulacją DZIAŁU VI art. 395-430 ustawy Pzp

Całość przedmiotu zamówienia została podzielona na 13 części.

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu, Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca celem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożył wraz z Wnioskiem następujące podmiotowe środki dowodowe i inne dokumenty, aktualne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

1. wykaz dostaw – wykonanych lub wykonywanych (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosku z załączeniem dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie (np. referencje itp.) – według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do Zaprośzenia, – w odniesieniu do warunku określonego w rozdziale 6 pkt 4 ppkt 4.2 (zdolność techniczna lub zawodowa).
2. aktualną koncesję uprawniającą do obrotu bronią wydaną na podstawie ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 1743) w zakresie WT V sklasyfikowanym na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz.U. z 2019 r. poz.1888). Zamawiający dopuszcza przedłożenie koncesji i wyłącznie tych decyzji wydanych do koncesji, które odzwierciedlają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który postawił Zamawiający.
3. aktualny certyfikat zarządzania jakością, w odniesieniu do warunku określonego w rozdziale 6 pkt 4 ppkt 4.1 (zdolność techniczna lub zawodowa).
4. oświadczenia Wykonawcy, stanowiące potwierdzenie, że Wykonawca: - nie podlega wykluczeniu (zgodnie z podstawami wykluczenia wskazanymi przez Zamawiającego w rozdziale 5) oraz - spełnia warunki udziału w postępowaniu (zgodnie z warunkami, o których mowa w rozdziale 6), składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp - wg wzoru załącznika nr 2 do Zaprośzenia.
5. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;
6. oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej – sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do Zaprośzenia.
7. oświadczenia Wykonawcy o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy1 (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaprośzenia;

Ponadto, Zamawiający wskazał, że w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia oprócz podmiotowych środków dowodowych i dokumentów wskazanych w rozdziale 9 Zaprośzenia, Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego składa:

1. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, sporządzony według wzoru - załącznik nr 1 do niniejszego Zaprośzenia.
2. oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 3 do Zaprośzenia - jeśli dotyczy
3. oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby - według załącznika nr 4 do Zaprośzenia - dotyczy Wykonawców polegających na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału zgodnie z ustawą Pzp;
4. pełnomocnictwo dla osób podpisujących Wnioski, o ile nie wynika ono z przepisów prawa lub innych dokumentów, złożone w oryginale albo w formie cyfrowego odwzorowania – treść pełnomocnictwa powinna dokładnie określać zakres umocowania.

Zamawiający przewidział w postępowaniu następujące podstawy wykluczenia:

Bezpośrednie lub pośrednie zaangażowanie w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia:

Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy1 (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaproszenia;

Konflikt interesów spowodowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy1 (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaproszenia;

Korupcja: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Nadużycia: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa pracy: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Opłacanie składek na ubezpieczenie społeczne: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy1 (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaproszenia;

Płatność podatków: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy1 (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaproszenia;

Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku; Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: 1.1. w art. 405 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp; 1.2. w art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7; 1.3. w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku, o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego; 1.4. w art. 5 k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia Wykonawcy, stanowiące potwierdzenie, że Wykonawca: - nie podlega wykluczeniu (zgodnie z podstawami wykluczenia wskazanymi przez Zamawiającego w rozdziale 5) oraz - spełnia warunki udziału w postępowaniu (zgodnie z warunkami, o których mowa w rozdziale 6), składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp - wg wzoru załącznika nr 2 do Zaproszenia.

Porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej

wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej – sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do Zaproszenia.

Praca dzieci i inne formy handlu ludźmi: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Przestępstwa terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje: Dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹ (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaproszenia;

Udział w organizacji przestępczej: Dotyczy art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku;

Winni wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji, niemożności dostarczenia wymaganych dokumentów i uzyskania informacji poufnych w ramach tej procedury: Dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Na dowód czego Wykonawca obowiązany jest przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹ (zw. dalej Rozporządzeniem) – Wykonawca może skorzystać ze wzoru oświadczenia, który stanowi załącznik nr 7 do Zaproszenia;

Na podstawie treści Zaproszenia do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, rozdział 10 „Kryteria selekcji w postępowaniu”, Izba ustaliła, że Zamawiający nie przewidział ograniczenia liczby wniosków oraz wskazał wprost, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski niepodlegające odrzuceniu, zostaną zaproszeni do składania ofert.

Na podstawie Informacji o ocenie wniosków z 10 maja 2024 r., Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 9 wniosków. Do Etapu II, Zamawiający zakwalifikował 5 wniosków, które nie podlegały w jego ocenie odrzuceniu. Zamawiający odrzucił wnioski następujących wykonawców:

2 Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o.

ASMG Sp. z o.o.

Wojskowe Zakłady Lotnicze Nr 2 S.A.

CENZIN Sp. z o.o.

Na podstawie wniosku wykonawcy CENZIN (Odwołujący 1), Izba ustaliła, że wykonawca ten złożył wraz z wnioskiem wypełnione oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 6 do Zaproszenia o braku przynależności do grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto wraz z wnioskiem Odwołujący 1 złożył też wypełniony załącznik nr 7 do wniosku - podstawy wykluczenia wskazane w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415, zm. Dz. U. 2023 poz. 1824) w zakresie: • art. 108 ust 1 pkt 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp • art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Pismem z 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 1 w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył wniosek w

postępowaniu. Zamawiający wskazał: „Wykonawca w niniejszym postępowaniu wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W niniejszym postępowaniu wniosek złożył także wykonawca Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2 SA z siedzibą w Bydgoszczy. Zamawiający ma podejrzenie, że Wykonawca Cenzin Sp. z o.o. oraz Wykonawca WZL nr 2 SA wchodzi w skład grupy kapitałowej, w skład której wchodzi także spółka Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. oraz inne spółki, wobec których PGZ S.A. jest spółką dominującą bezpośrednio lub pośrednio – w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych, jak również powiązaną – w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 5 Kodeksu spółek handlowych. Wobec powyższego istnieje pewne prawdopodobieństwo, że może dojść do zachwiania uczciwej konkurencji. Zamawiający wzywa więc Wykonawcę do odpowiedzi na pytanie czy Wykonawca należy do grupy kapitałowej z Wykonawcą Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2 SA z siedzibą w Bydgoszczy. Jeżeli odpowiedź jest twierdząca Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień z jednoczesnym wykazaniem, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został przez Wykonawcę Cenzin Sp. z o.o. sporządzony samodzielnie i nie doszło przez udział Wykonawcy WZL nr 2 SA w postępowaniu do naruszenia przepisów prawa. Wykonawca obowiązany jest udowodnić, że udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wyłącznie jego inicjatywą, a nie częścią szerszej polityki zakupowej mającej na celu zakłócanie konkurencji. Może to uczynić poprzez wykazanie np. stosowania indywidualnych, wewnętrznych procedur, przedstawienie opisu prowadzenia własnej działalności w tym zakresie lub też poprzez wykazanie różnic w zakresie przygotowania wniosku, potencjalnego grona dostawców czy realizacji zamówienia w stosunku do innego członka grupy kapitałowej.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący 1 pismem z 25 kwietnia 2024 r. wyjaśnił, że na etapie przygotowania i składania Wniosku o dopuszczenie nie posiadał wiedzy o równoległych czynnościach związanych z ww. postępowaniem podejmowanych przez Wykonawcę WZL nr 2 z siedzibą w Bydgoszczy. Ponadto, Odwołujący 1 wyjaśnił, że „(...) między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w ramach Grupy Kapitałowej Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. nie istnieją powiązania o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, które wpływałyby lub mogłyby wpłynąć na ich zachowania w przedmiotowym postępowaniu oraz które wyłączałyby lub mogłyby prowadzić do wyłączenia przestrzegania przez powyższych przedsiębiorców zasad uczciwej konkurencji. Cenzin sp. z o.o. w żaden sposób nie współpracował z Wykonawcą WZL nr 2 S.A. z siedzibą w Bydgoszczy przy przygotowaniu oraz składaniu wniosku w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Wniosek Cenzin sp. z o.o. powstał niezależnie od spółki WZL nr 2 S.A., co wyklucza możliwość występowania pomiędzy Cenzin sp. z o.o. a ww. spółką powiązań o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy zatem przyjąć w pełni uzasadnione domniemanie, iż w przypadku udziału w przedmiotowym postępowaniu innego członka Grupy Kapitałowej PGZ S.A., oferty złożone przez Cenzin sp. z o.o. i innego członka Grupy, będą w stosunku do siebie w pełni konkurencyjne Fakt przynależności spółki Cenzin sp. z o.o. oraz spółki WZL nr 2 S.A. do jednej grupy kapitałowej nie powoduje ograniczenia dostępu do rynku innym podmiotom i nie prowadzi do podziału rynku.”

Na podstawie wniosku złożonego przez wykonawcę WZL nr 2 (Odwołujący 2) Izba ustaliła, że złożył on załącznik nr 6 do Zaproszenia, w treści którego oświadczył, że nie należy do grup kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto, Odwołujący 2 wraz z wnioskiem złożył „oświadczenie”, w treści którego wyjaśnił, że należy „do grupy kapitałowej PGZ, w skład której wchodzi spółka Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. oraz z spółki wobec których PGZ S.A. jest spółką dominującą bezpośrednio lub pośrednio – w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych, jak również powiązaną – w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 5 Kodeksu spółek handlowych. Mając na względzie powyższe, w związku z brakiem możliwości weryfikacji na etapie przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, który z podmiotów należących do wskazanej grupy kapitałowej złoży wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczamy, że w przypadku złożenia wniosku o dopuszczenie przez inny podmiot należący do grupy kapitałowej PGZ udział Wojskowych Zakładów Lotniczych Nr 2 S.A. w tym postępowaniu nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami, ponieważ WZL Nr 2 S.A. działa w przedmiotowym postępowaniu autonomicznie i w żaden sposób nie będzie współpracowała w celu przygotowania i złożenia oferty z innymi podmiotami należącymi do grupy kapitałowej PGZ i nie będzie współpracować z innymi podmiotami należącymi do grupy kapitałowej PGZ w celu wykonania zamówienia w przypadku wyboru oferty WZL nr 2 S.A. W imieniu WZL nr 2 S.A. wskazujemy z daleko posuniętej ostrożności, z zachowaniem aktualności wyżej wskazanych twierdzeń, iż o ile okaże się, że decyzję o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu złożyła inna spółka zaliczana do tej samej grupy kapitałowej co WZL nr 2 S.A., to sama taka decyzja nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie (wyr. KIO z 4.6.2021 r., KIO 1083/21, Legalis)”.

Ponadto, Odwołujący 2 złożył wraz z wnioskiem wypełniony załącznik nr 7 o treści: „(...) nie mają zastosowania wobec

Wykonawcy, w imieniu którego składam to oświadczenie podstawy wykluczenia wskazane w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415, zm. Dz. U. 2023 poz. 1824) w zakresie: art. 108 ust 1 pkt 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp". Zamawiający pismem z 23 kwietnia 2024 r. skierował do Odwoływającego 2 analogiczne wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp jak wezwanie do Odwoływającego 1, w zakresie oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co Odwoływający 1 w tym do: „(...) do złożenia szczegółowych wyjaśnień z jednoczesnym wykazaniem, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został przez Wykonawcę sporządzony samodzielnie i nie doszło przez udział Wykonawcy Cenzin Sp. z o.o. w postępowaniu do naruszenia przepisów prawa. Wykonawca obowiązany jest udowodnić, że udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wyłącznie jego inicjatywą, a nie częścią szerszej polityki zakupowej mającej na celu zakłócanie konkurencji. Może to uczynić poprzez wykazanie np. stosowania indywidualnych, wewnętrznych procedur, przedstawienie opisu prowadzenia własnej działalności w tym zakresie lub też poprzez wykazanie różnic w zakresie przygotowania wniosku, potencjalnego grona dostawców czy realizacji zamówienia w stosunku do innego członka grupy kapitałowej.”

W odpowiedzi na powyższe, Odwoływający 2 złożył oświadczenie, w treści którego potwierdził przynależność do tej samej grupy kapitałowej z Odwoływającym 1 oraz że „(...) działa w przedmiotowym postępowaniu autonomicznie i w żaden sposób nie będzie współpracował w celu przygotowania i złożenia oferty z innymi podmiotami należącymi do grupy kapitałowej PGZ i nie będzie współpracować z innymi podmiotami należącymi do grupy kapitałowej PGZ w celu wykonania zamówienia w przypadku wyboru oferty WZL nr 2 S.A., w tym również z CENZIN Sp. z o.o. W imieniu WZL nr 2 S.A. wskazujemy z daleko posuniętej ostrożności, z zachowaniem aktualności wyżej wskazanych twierdzeń, iż o ile okaże się, że decyzję o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu złoży CENZIN Sp. z o.o. zaliczana do tej samej grupy kapitałowej co WZL nr 2 S.A., to sama taka decyzja nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie (wyr. KIO z 4.6.2021 r., KIO 1083/21, Legalis).”

Zamawiający pismem z 10 maja 2024 r. poinformował Odwoływającego 1 i Odwoływającego 2 o odrzuceniu ich wniosków, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ponieważ wnioski zostały złożone przez Wykonawców podlegających wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający podał następujące, wspólne, uzasadnienie ww. czynności: „(...) W niniejszym postępowaniu do terminu składania wniosków obaj Wykonawcy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca CENZIN Sp. z o.o. wraz z wnioskiem, zgodnie z treścią Zaproszenia do składania wniosków złożył oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej z innymi Wykonawcami, którzy także w tym postępowaniu złożyli wnioski. Oświadczył w nim, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Wykonawca WZL nr 2 SA wraz z oświadczeniem, że nie należy do grupy kapitałowej z wysoko idącej ostrożności oświadczył w piśmie, że należy do grupy kapitałowej PGZ, w skład której wchodzi spółka Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. oraz z spółki wobec których PGZ S.A. jest spółką dominującą bezpośrednio lub pośrednio – w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych, jak również powiązaną – w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 5 Kodeksu spółek handlowych. W toku badania wniosków Zamawiający powziął wiedzę wynikającą z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS w zakresie danych wspólników spółki Cenzin Sp. z o.o.. Z odpisu wynika, że głównym udziałowcem Cenzin Sp. z o.o. jest Polska Grupa Zbrojeniowa SA. Ponadto ze strony internetowej PGZ SA można zasięgnąć informacji jakie spółki są członkami grupy tego podmiotu kontrolującego. Są wśród nich obaj Wykonawcy, o których mowa powyżej. W związku z taką informacją Zamawiający podjął decyzję o wezwaniu Wykonawców do wyjaśnień w zakresie ich przynależności do grupy kapitałowej PGZ SA oraz do wykazania, że udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wyłącznie ich indywidualną inicjatywą, a nie częścią szerszej polityki zakupowej mającej na celu zakłócanie konkurencji. Zgodnie z treścią wezwania mogli to uczynić w szczególności poprzez wykazanie np. stosowania indywidualnych, wewnętrznych procedur, przedstawienie opisu prowadzenia własnej działalności w tym zakresie lub też poprzez wykazanie różnic w zakresie przygotowania wniosku, potencjalnego grona dostawców czy odmiennej realizacji zamówienia w stosunku do innego członka grupy kapitałowej. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca CENZIN Sp. z o.o. oświadczył, że wniosek w postępowaniu sporządził odrębnie i nie współpracował przy jego tworzeniu z drugim wykonawcą. W piśmie Cenzin Sp. z o.o. wskazał także, że istnieje uzasadnione domniemanie, że oferty członków grupy kapitałowej będą „w stosunku do siebie w pełni konkurencyjne”. Zamawiający jednak nie widzi żadnych podjętych kroków w celu wykazania powyższej tezy. Nie wykazano minimalnych, indywidualnych przesłanek wskazujących na obalenie domniemania, że wniosek złożono w warunkach nieuczciwej konkurencji. W oświadczeniu Wykonawcy brak jest szczegółów wskazujących na podjęcie próby wykazania się samodzielnością przy tworzeniu wniosku i przygotowania się do złożenia oferty. Nie wykazano także istnienia zasad czy też polityki opartej na uczciwej konkurencji w przygotowywaniu dokumentów w postępowaniu Zamawiającego. W

odpowiedzi Wykonawca WZL nr 2 SA natomiast oświadczył Zamawiającemu, że nie będzie współpracować przy tworzeniu oferty oraz wykonaniu zamówienia z innym wykonawcą. Dodatkowo wskazał wyrok KIO z 4 czerwca 2021 r. nr KIO 1083/21, w którym nakreślono, że sama decyzja złożenia ofert przez członków grupy kapitałowej nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie. O ile Zamawiający może zgodzić się z tym, że samo złożenie wniosków przez członków jednej grupy kapitałowej nie jest wystarczającą przesłanką wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp tak już brak wykazania jakiegokolwiek samodzielności w celu udowodnienia Zamawiającemu, że nie doszło i nie dojdzie do zachwiania zasad uczciwej konkurencji już taką przesłanką jest. Podkreślić także wymaga, że Wykonawca nie odniósł się w żadnym zdaniu swojego oświadczenia do uprzednio sporządzonego wniosku, jedynie do oferty. Nie obalił tym samym wątpliwości Zamawiającego, że mógł go nie przygotowywać samodzielnie i bez porozumienia z innym Wykonawcą, o którym mowa powyżej. Wskazał jedynie, że w celu przygotowania oferty nie współpracował z Cenzin Sp. z o.o. Brak jest także informacji o podjęciu środków jakie wdrożyć miał Wykonawca, by zapewnić Zamawiającego, że nie dojdzie do złamania przepisów prawa w zakresie wystąpienia omawianej podstawy wykluczenia. Takie wyjaśnienia są z gruntu niewystarczające. Z definicji grupy kapitałowej wprost wynika, że istotnym jest w tych relacjach podmiot – przedsiębiorca, który kontroluje w sposób bezpośredni lub pośredni innych przedsiębiorców. Tacy zależni wykonawcy winni wraz z oświadczeniem o przynależności do grupy kapitałowej przedłożyć dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu. Brak takich dowodów lub ich niewystarczający zakres powoduje obligatoryjne odrzucenie wniosków złożonych przez Wykonawców podlegających wykluczeniu. Celem takich działań jest przeciwdziałanie naruszeniu zasady uczciwej konkurencji poprzez składanie kilku wniosków, a potem ofert przez podmioty będące pod wpływem jednego ośrodka decyzyjnego. Zarówno gramatyczna jak i celowościowa interpretacja przepisów (teraz art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp) wskazuje na istnienie prawnego domniemania, że złożenie w tym samym postępowaniu odrębnych ofert przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej zakłóca konkurencję. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę formuły „chyba, że wykażą” 2. To na powiązanych wykonawcach spoczywa ciężar dowodu, że powiązania, które ich łączą nie powodują zachwiania uczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu Wykonawcy nie sprostali obowiązkowi wykazania, że przygotowali wnioski niezależnie od siebie. Tym samym ziściły się przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skutkujące wykluczeniem obu Wykonawców.”

Na podstawie wniosku złożonego przez Odwołującego 3, Izba ustaliła, że wraz z wnioskiem, Odwołujący 3 złożył oświadczenie – załącznik nr 7 do Zaproszenia o treści: „oświadczam, że nie mają zastosowania wobec Wykonawcy, w imieniu którego składam to oświadczenie podstawy wykluczenia wskazane w §2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415, zm. Dz. U. 2023 poz. 1824) w zakresie:

- art. 108 ust 1 pkt 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp
- art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”.

Ponadto, wraz z wnioskiem, Odwołujący 3 załączył plik pt. „Self cleaning”, w treści którego oświadczył, że mogą wobec niego zachodzić podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, w związku z realizacją umowy wskazanej w treści dokumentu. Odwołujący 3 wskazał, że przedstawia okoliczności potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności firmy.

Zamawiający pismem z 10 maja 2024 r. poinformował Odwołującego 3 o odrzuceniu jego wniosku na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp ponieważ wniosek został złożony przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie: „Wykonawca do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wniosek poprzez Platformę Smart Pzp. Razem z wnioskiem, zgodnie z treścią Zaproszenia do składania wniosków złożył oświadczenie dotyczące niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Dodatkowo Wykonawca złożył oświadczenie zatytułowane: „Self Cleaning”, w którym wskazał, że wobec niego mogą zachodzić podstawy wykluczenia, o których mowa m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp szeroko opisując zaistniałą uprzednio sytuację będącą podstawą do potencjalnego wykluczenia. Wykonawca poinformował w oświadczeniu, że niezrealizowaniu podlegała umowa zawarta z 3 RBLog w Krakowie, a wartość części niezrealizowanej stanowiła 100 % wartości umowy. Na wstępie Zamawiający podkreśla, że przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jednocześnie podkreśla, że w postępowaniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na podstawie zapisów art. 395 ustawy Pzp nie stosuje się procedury samooczyszczenia. Wobec powyższego nawet najdalej idące środki powzięte przez Wykonawcę nie mogą stać się podstawą do odstąpienia od wykluczenia Wykonawcy. Zamawiający nie może weryfikować zasadności złożonego oświadczenia w przypadku gdy Wykonawca sam wykazał, że taka podstawa zaistniała. Z szeroko idącej ostrożności Zamawiający dodatkowo wskazuje, że choćby przyjąć, że jest

upoważniony do zbadania proporcjonalności zastosowania tej przesłanki wykluczenia to należy podkreślić, że niezrealizowanie całej umowy przez Wykonawcę stanowi istotne naruszenie wykonania zamówienia. To na Wykonawcy, a nie producencie spoczywała odpowiedzialność za zaciągnięte zobowiązania i to Wykonawca deklarował w ofercie chęć przystąpienia do realizacji zadania na warunkach określonych przez innego Zamawiającego. Oceniając tutaj stopień winy Wykonawcy Zamawiający podkreśla, że jako profesjonalista winien on przewidywać skutki swoich działań i im zapobiegać. Pomimo, iż zadośćuczynił w postaci zapłaty kary umownej stopień niezrealizowania zamówienia jest bezsprzecznie duży i zaważył na decyzji Zamawiającego. Wykonawca płacąc karę umowną nie potwierdził, że nie ponosi winy za niezrealizowanie zobowiązania. Wykonawca winien dołożyć należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym winę wykonawcy należy rozumieć i ocenić analogicznie jak na gruncie art. 472 Kodeksu Cywilnego, a zatem przez pryzmat należytej staranności. Dochodzenie kary umownej podlega zasadom ciężaru dowodu właściwym dla kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Wobec powyższego w tym przypadku Wykonawca mógł w celu uwolnienia się od obowiązku zapłaty kary umownej wykazać, że niewykonanie zobowiązania było spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialności nie ponosi. Opierając się na oświadczeniu Wykonawcy, w którym potwierdził, że nienależycie wykonał umowę i sam odstąpił od wykonania zamówienia w całości, co w konsekwencji doprowadziło do zapłaty przez niego kary mającej charakter odszkodowawczy, Zamawiający stwierdza, że Wykonawca podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Brak możliwości analizy podjętych działań naprawczych z powodu braku stosowania procedury samooczyszczenia w procedurze OiB skutecznie uniemożliwia Zamawiającemu odstąpienie od tej decyzji. Powyższe potwierdza także treść ogłoszenia o wykonaniu umowy z dnia 28.12.2024 r. nr 2023/BZP 00575761, w którym Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna W Krakowie potwierdziła nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę Megmar Logistic & Consulting Sp. z o.o. Z punktu widzenia interesów Zamawiającego ryzyko niedotrzymania terminów realizacji zamówienia oraz możliwość odstąpienia Wykonawców w trakcie realizacji jest ryzykiem zbyt daleko idącym i nieakceptowalnym z punktu widzenia istotności zamawianego asortymentu. Zamawiający wobec tego w niniejszym postępowaniu minimalizując to ryzyko zastosował przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp celowo w celu eliminacji Wykonawców potencjalnie niesolidnych. W wyniku takich okoliczności Zamawiający odrzucił wniosek Wykonawcy w niniejszym postępowaniu.”

Na podstawie pkt 12 protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PO, Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał 5 wykonawcom zaproszenie do składania ofert.

Izba zważyła co następuje.

Sygn. akt KIO 1725/24 i KIO 1747/24

Odwolania podlegały oddaleniu w całości, z następujących powodów.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Z powyższego wynika po pierwsze, że ustawodawca nie zakazał udziału w postępowaniu o zamówienie wykonawcom, którzy należą do tej samej grupy kapitałowej. Niemniej jednak, z powyższego przepisu ustawy wynika wprost, że w takiej sytuacji ustawodawca zakłada, że udział takich wykonawców w postępowaniu może oznaczać, iż dojdzie do zakłócenia konkurencji. Jednocześnie jednak wykonawcom takim ustawodawca stworzył warunki, aby wykazali, że mimo przynależności do grupy kapitałowej ich udział w postępowaniu przez złożenie oddzielnych wniosków, ofert czy ofert częściowych, nie utrudni uczciwej konkurencji, gdyż przygotowali oni te oferty, oferty częściowe czy wnioski niezależnie od siebie.

Wskazać należy, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”), podkreśla się konieczność umożliwienia powiązanim ze sobą wykonawcom wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami. TSUE stoi na stanowisku, że „(...) samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania.” (vide wyrok TSUE z dnia teza nr 19 maja 2009, sygn. C-538/07 Assitur Srl/przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano teza nr 30 i 32). TSUE w powyższym wyroku zwrócił również uwagę, że „(...) grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Zresztą, jak to wskazała

Komisja w swych uwagach pisemnych, stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określone na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego.” (vide teza nr 30).

Z powyższego wyroku TSUE wynika więc jednoznaczny wniosek, że wykonawcom powiązanim w ramach tej samej grupy kapitałowej, którzy biorą udział w danym postępowaniu, należy umożliwić wykazanie, że łączące ich powiązanie nie miało wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania. Podobne wnioski wynikają z „Zawiadomienia w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową” (2021/C 91/01) „(...) instytucja zamawiająca powinna zapewnić odpowiednim wykonawcom możliwość wykazania – w oparciu o dowody, które uznają oni za stosowne – że ich oferty są autentycznie niezależne, że nie zagrażają przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia ani że nie zakłócają konkurencji w ramach tego postępowania (51). Takie dowody mogą obejmować np. okoliczności faktyczne potwierdzające, że odpowiednie oferty sporządzono niezależnie od siebie, że w procesie ich sporządzania brały udział różne osoby itp.

Instytucja zamawiająca jest uprawniona do ocenienia, czy tego rodzaju wyjaśnienia można uznać za wystarczający dowód na potwierdzenie, że fakt, iż wykonawcy są ze sobą powiązani, nie wpłynął na ich zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia ani na treść ich odpowiednich ofert w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy, oraz do podjęcia decyzji w kwestii tego, czy zainteresowanych wykonawców należy dopuścić do udziału w postępowaniu”.

Jak wskazuje się w doktrynie, „(...) ustawodawca połączył w art. ust. 1 pkt 5 Pzp dwie odrębne podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 Pzp2004 w jedną. Mechanizmy zmów przetargowych w ramach grupy kapitałowej są bowiem identyczne ze strategiami stosowanymi w przypadku podobnych porozumień łączących niezależnych przedsiębiorców, a większość ujawnionych w Polsce zmów przetargowych to właśnie porozumienia w ramach grupy kapitałowej. Połączenie to nie jest, jak mogłoby się wydawać, jedynie zabiegiem redakcyjnym. Kryje się za tym zmiana podejścia polskiego ustawodawcy do kwestii składania przez członków grupy kapitałowej odrębnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...) Ustawodawca nakazał przyjąć istnienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej w sytuacji, gdy doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co każdy z tych wykonawców może kontestować przeciwdowodami. Aby wzruszyć to domniemanie, członkowie grupy muszą wykazać, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie, co jest równoznaczne z tym, że nie łączyło ich porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Domniemanie nie zwalnia zatem zamawiającego z konieczności indywidualnej oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia, a wykonawców nie pozbawia uprawnienia do wykazania swojej rzetelności pomimo stwierdzenia, że doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert lub wniosków” (vide Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza).

W doktrynie podkreśla się, że grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, stąd też nie można zupełnie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą samodzielne w pewnym zakresie w prowadzeniu własnej polityki handlowej i działalności gospodarczej, w tym w zakresie udziału w przetargach. Wskazuje się również, że relacje przedsiębiorstw należących do tej samej grupy kapitałowej mogą być określone na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego. Podnosi się też, że nawet podpisanie ofert członków grupy kapitałowej przez jednego pełnomocnika nie powinno powodować automatycznego wykluczenia, jeżeli z wewnętrznych procedur wynika, że członkowie grupy mogą wykonywać działalność jedynie za jego pośrednictwem, a pełnomocnik nie wpływa na treść oświadczeń woli zawartych w ofertach (vide Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza).

Reasumując, ustawa Pzp nie przesądza automatycznie, że powiązani w ramach grupy kapitałowej wykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na takie powiązanie. Niemniej jednak przynależność do tej samej grupy kapitałowej powoduje powstanie domniemanie, że w ten sposób dochodzi do naruszenia konkurencji. Ustawodawca jednak daje możliwość takim wykonawcom aby mogli wykazać, że mimo przynależności do tej samej grupy kapitałowej i złożenia odrębnych ofert czy wniosków ich udział nie wpłynie negatywnie na konkurencję, ponieważ w ramach danego postępowania działają oni niezależnie od siebie, a ich oferty czy wnioski zostały przez nich sporządzone samodzielnie. W tym celu wykonawcy powinni udowodnić, że są samodzielni w prowadzeniu swojej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. W doktrynie wskazuje się, że takimi dowodami mogą być np. umowy, wewnętrzne procedury lub standardy, które gwarantują zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Zwraca się też uwagę, że argumentacja wykonawców powinna być nakierowana na wykazanie różnic między ich ofertami lub wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w szczególności odnośnie do sposobu wykonania zamówienia (oferowanie

różnych rozwiązań, w których każdy z członków grupy się specjalizuje), kalkulacji ceny, łańcuchów dostaw, planowanego podwykonawstwa, wykazów zrealizowanych zamówień, osób skierowanych do realizacji zamówienia lub sprzętu. Wykonawcy powinni skoncentrować się na wykazaniu indywidualnego i przemyślanego podejścia do sporządzenia ofert czy wniosków, które wyklucza przyjęcie, że w danym przypadku członkowie grupy kapitałowej porozumieili się co do stosowania nieuczciwych praktyk, takich jak rozstawianie i wycofywanie ofert lub złożenie oferty kurtuazyjnej (*vide* Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt tej sprawy, Izba doszła do przekonania, że czynność Zamawiającego z 10 maja 2024 r. w zakresie w jakim odnosiła się do wykluczenia Odwołującego 1 i Odwołującego 2 i w konsekwencji odrzucenia ich wniosków, była prawidłowa.

Po pierwsze, zwrócić uwagę należy na okoliczność, że Zamawiający wezwał Odwołującego 1 i Odwołującego 2 do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym wykazania, że mimo ich przynależności do tej samej grupy kapitałowej, sporządzili swoje wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu samodzielnie. W ocenie Izby wezwania były w okolicznościach tej sprawy zasadne a ich treść, wbrew twierdzeniom Odwołujących, nie budziła wątpliwości ani nie ograniczała Odwołujących w zakresie wyjaśnienia swojej sytuacji. Wezwania były konkretne i Zamawiający uwzględnił w ich treści wytyczne wynikające z doktryny i orzecznictwa TSUE. Przypomnieć bowiem należy że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie w jakim odnosi się do grupy kapitałowej, stanowi o domniemaniu działania w warunkach umowy przetargowej, innymi słowy to sam fakt przynależności przez wykonawców do tej samej grupy kapitałowej jest ową wiarygodną przesłanką, o której mowa w pierwszej części przepisu, a który powoduje powstanie domniemania. Ustawodawca daje szansę takim wykonawcom – mogą oni bowiem obalić to domniemanie przez wykazanie, że przygotowali oni oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Podkreślić należy, że wzywając wykonawców pisami z 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający uczynił zadość dyspozycji ww. przepisu i umożliwił Odwołującemu 1 i Odwołującemu 2 wykazanie, że sporządzili oni swoje wnioski samodzielnie, niezależnie od siebie. Zamawiający przy tym w treści wezwania wskazał, jakimi środkami Odwołujący mogą tę okoliczność wykazać. W ocenie Izby taki zabieg jest zgodny z treścią §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), który stanowi, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia wykonawcy, w zakresie ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. i), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Zatem Zamawiający był wprost uprawniony do żądania od Odwołujących dokumentów lub informacji potwierdzających ich samodzielność w tym postępowaniu o zamówienie.

Przechodząc do analizy złożonych przez Odwołujących odpowiedzi na powyższe wezwania, zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił, że nie obalili oni domniemania wynikającego z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego 1 wyjaśnienia z 25 kwietnia 2024 r. są lakoniczne i ogólnikowe. Ich treść sprowadza się w zasadzie jedynie do gołosłownego zapewnienia (oświadczenia) o tym, że wniosek Odwołującego 1 powstał bez udziału Odwołującego 2. Analogiczna sytuacja zachodzi z wyjaśnieniami Odwołującego 2, który złożył gołosłowne oświadczenie o tym, że działa w postępowaniu autonomicznie. Trafnie też zauważył Zamawiający, że złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenie dotyczy etapu sporządzenia przyszłej oferty, a nie ocenianego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych mu wyjaśnień, gdyż obaj Odwołujący nie obalili domniemania, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Poza gołosłownymi oświadczeniami Odwołujący nie podjęli żadnej próby wykazania, chociażby odwołując się do dokumentów regulujących działanie grupy kapitałowej oraz jej członków, że w ramach udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne obowiązują ich procedury gwarantujące ich samodzielność. Jest to szczególnie istotne w obliczu ustalenia, że w dokumentach odnoszących się do grupy kapitałowej i jej członków wprost wskazano, że:

- 1) „*Tworzymy warunki do współpracy wewnątrz Grupy PGZ: - dzięki otwartości i odpowiednim metodom zarządzania, systemowo eliminujemy wszelkie formy konkurencji pomiędzy spółkami Grupy PGZ*”(vide Kodeks Etyki Grupy PGZ, data wydania 20 czerwca 2023 r., wydanie 4),
- 2) „*Przedmiotem działalności Spółki jest działalność gospodarcza prowadzona na rachunek własny lub osób trzecich obejmująca (...)*” oraz „*Celem Spółki jest prowadzenie działalności ukierunkowanej na realizację Interesu Grupy PGZ, determinowanego przez rolę Grupy PGZ wskazaną w Kodeksie Grupy PGZ, jak również misją, wizją, celami oraz innymi zasadami wynikającymi z obowiązującej Strategii Grupy PGZ.*” a także „*Przez Interes Grupy PGZ*

rozumie się wspólnotę interesów spółek wchodzących w skład Grupy PGZ; „Spółka prowadzi działalność gospodarczą o charakterze zarobkowym lub mającym inny cel gospodarczy zgodny ze Strategią Grupy PGZ oraz Standardami Organizacyjnymi Grupy PGZ” i „Spółka zobowiązana jest do przestrzegania zasad wynikających z Kodeksu Grupy PGZ, Strategii Grupy PGZ oraz Standardów Organizacyjnych Grupy PGZ (vide UMOWA SPÓŁKI CENZIN SP. Z O.O. tekst jednolity po zmianach na NZW CENZIN sp. z o.o. w dniu 22.12.2023 r.)

Analogiczne, jak opisane w pkt 2) wyżej postanowienia znajdują się w rozdziale II §6 ust. 5 – 6 statutu Odwołującego 2, uchwalonego uchwałą Rady Nadzorczej nr 133/VI/2023 z dnia 26.05.2023 r., z tą różnicą, że głównym celem działalności Odwołującego 2 jest zaspokajanie potrzeb bezpieczeństwa i obronności państwa w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych, produkcji, serwisowania, obsługi, modyfikacji, modernizacji i remontów oraz napraw sprzętu wojskowego, a także jego promocja i obrót (vide §6 ust. 1 ww. statutu).

Odnosząc się do zaprezentowanego podczas rozprawy przez obu Odwołujących stanowiska, zgodnie z którym wykazaniu w okolicznościach tej sprawy podlegała okoliczność negatywna, tj. że wykonawcy nie działali ze sobą w porozumieniu, Izba wskazuje, że nie może być to usprawiedliwieniem dla przedstawienia ogólnikowych, lakonicznych i gołosłownych wyjaśnień sprowadzających się w zasadzie jedynie do oświadczenia zawierającego zapewnienie o samodzielnym sporządzeniu wniosków. Przede wszystkim, nawet jeśli rzeczywiście jest tak, że w ramach grupy kapitałowej, czy też w ramach wewnętrznych procedur każdego z Odwołujących (o ile takowe w ogóle istnieją), nie opracowano w sformalizowanej postaci żadnych mechanizmów zapewniających samodzielność i niezależność działania członków grupy w ramach postępowań o zamówienie publiczne, to w ocenie Izby nic nie stało na przeszkodzie, aby opisać sposób przygotowania wniosku przez każdego z Odwołujących, zwrócić uwagę na faktyczne uwarunkowania gwarantujące niezależność i samodzielność, uzyskać od Zamawiającego wgląd do drugiego wniosku i opisać różnice w treści tych wniosków, o co Odwołujący byli wprost wezwani, innymi słowy – wykorzystać wszelkie dostępne narzędzia i okoliczności faktyczne w celu rzetelnego wykazania samodzielności i niezależności przy przygotowaniu wniosków i udziale w tym postępowaniu. Obaj Odwołujący powyższego zaniechali. Podkreślić tymczasem należy, że przepis obarcza wykonawców, w tym przypadku Odwołujących, ciężarem wykazania że wnioski sporządzili samodzielnie i nie jest okolicznością łagodzącą brak spisanych procedur. W takiej sytuacji Odwołujący powinni sięgnąć po inne wiarygodne narzędzia, opisać dokładnie stan faktyczny, w tym okoliczności towarzyszące sporządzeniu wniosków. Zaniechanie w tym zakresie i ograniczenie jedynie do oświadczenia nie może być uznane za wystarczające wykazanie, w tym obalenie domniemania, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji odstąpienie przez Zamawiającego od zastosowania tej podstawy wykluczenia.

Wskazać też należy, że choć na gruncie Pzp dokonana została znacząca zmiana podejścia w zakresie *stricte* formalistycznego podejścia, to jednak jest to postępowanie nadal dość mocno sformalizowane, co jest szczególnie widoczne w pewnych mechanizmach przewidzianych w ustawie Pzp. Przykładem takim, obok chociażby konsekwencji zaniechania wyjaśnienia ceny, są właśnie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, których ziszczenie się jest niejednokrotnie uzależnione od wykazania, czy zachodzą one wobec danego wykonawcy albo od których odstąpienie jest uzależnione od wykazania przez wykonawcę, że one wobec niego nie zachodzą. Są więc sytuacje na gruncie ustawy Pzp i omawiany stan faktyczny się do nich zalicza, gdzie istotne jest czy dany podmiot (zamawiający bądź wykonawca) sprostał wykazaniu danej okoliczności.

Ponadto podkreślenia wymaga, że powodem wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia wniosków Odwołujących była okoliczność niewykazania przez nich, że działali w tym postępowaniu samodzielnie, tj. że samodzielnie sporządzili swoje wnioski. Innymi słowy, powodem wykluczenia Odwołujących i odrzucenia ich wniosków była okoliczność, że nie obalili oni domniemania prawnego wynikającego z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe wprost wynika z uzasadnienia czynności z 10 maja 2024 r. W tym miejscu Izba wskazuje, że przyjęta przez Zamawiającego interpretacja powyższej normy prawnej jest prawidłowa.

Nie sposób również w ocenie Izby zgodzić się z zasadnością pozostałych zarzutów opisanych w treści odwołania Odwołującego 2, w tym co do naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi wprost, że to wykonawcy mają wykazać, że sporządzili swoje wnioski samodzielnie i że działają niezależnie od siebie. A *contrario* zaniechanie takie wykazania skutkuje wykluczeniem wykonawców. Nie jest rolą zamawiającego w okolicznościach art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poszukiwanie za wykonawców dowodów na to aby wykazać, że mimo przynależności do tej samej grupy kapitałowej, są oni niezależni w ramach danego postępowania. Dodatkowo Izba wskazuje, że zastosowana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia wniosków obu Odwołujących była w okolicznościach tej sprawy prawidłowa, tym samym również w tym zakresie odwołania nie były w ocenie Izby zasadne. Art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a) stanowi, że odrzuceniu podlega wniosek który został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast zgodnie z lit. c) odrzuceniu z postępowania podlega wniosek który został złożony przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w , lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków

udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń. W okolicznościach tej sprawy obaj Odwołujący nie wykazali, że sporządzili swoje wnioski samodzielnie, niezależnie od siebie, co skutkowało ich wykluczeniem. W konsekwencji powyższego ich wnioski prawidłowo zostały odrzucone przez Zamawiającego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp.

W związku z powyższym, odwołania podlegały oddaleniu jako niezasadne.

Sygn. akt KIO 1773/24

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów. W tym postępowaniu, Zamawiający przewidział zastosowanie przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis ten stał się następnie podstawą wykluczenia Odwołującego 3 z postępowania, a w konsekwencji jego wniosek został odrzucony. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Analiza omawianej podstawy wykluczenia prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy jest dopuszczalne jedynie w przypadku wykazania kumulatywnego ziszczenia się wszystkich przesłanek w nim wskazanych. Podkreślenia wymaga również, że przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Zatem, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o analizowany przepis musi dojść do wykazania: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, 3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, 4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z całą stanowczością podkreślić przy tym należy, że to na zamawiającym, jako podmiocie, który podejmuje czynność, ciąży obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek zastosowania przepisu stanowiącego podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Innymi słowy, w przypadku powołania się przez zamawiającego na przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania, że zaszły wszystkie przesłanki wskazane w jego treści. Powyższe odnosi się również do wykazania przesłanki, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jak wskazuje się przy tym w doktrynie „*Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich.*” (vide Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, pod red. Humerta Nowaka, Mateusza Winiarza).

W przedmiotowej sprawie sporne było między Stronami i Przystępującym, czy Zamawiający w treści uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego 3 i w konsekwencji odrzucenia jego wniosku, wykazał spełnienie przesłanki odnoszącej się do przyczyny leżącej po stronie wykonawcy.

W uzasadnieniu zaskarżonej czynności, Zamawiający wskazał w odniesieniu do omawianej przesłanki: „*(...) Wykonawca płacąc karę umowną nie potwierdził, że nie ponosi winy za niezrealizowanie zobowiązania. Wykonawca winien dołożyć należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym winę wykonawcy należy rozumieć i ocenić analogicznie jak na gruncie art. 472 Kodeksu Cywilnego, a zatem przez przyzmat należytej staranności. Dochodzenie kary umownej podlega zasadom ciężaru dowodu właściwym dla kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Wobec powyższego w tym przypadku Wykonawca mógł w celu uwolnienia się od obowiązku zapłaty kary umownej wykazać, że niewykonanie zobowiązania było spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialności nie ponosi. Opierając się na oświadczeniu Wykonawcy, w którym potwierdził, że nienależycie wykonał umowę i sam odstąpił od wykonania zamówienia w całości, co w konsekwencji doprowadziło do zapłaty przez niego kary mającej charakter odszkodowawczy, Zamawiający stwierdza, że Wykonawca podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...)*”.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający argumentował natomiast, że „*(...) Najważniejszą okolicznością w niniejszej sprawie jest fakt, iż odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Dla wyjaśnienia dodać należy, że pojęcie „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” nie muszą być zawsze przez niego zawinione, bowiem jest to pojęcie szersze niż pojęcie „winy”, gdyż przyczyny te nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działania osób trzecich. Pogląd ten jest powszechnie akceptowany przez doktrynę oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (w tym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2010 roku, sygn. akt KIO 2396/10). Powtórzyć należy także za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 roku, sygn. akt II Ca 286/20, zgodnie z którym w zamówieniach publicznych mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym, stąd też wymagana jest staranność uwzględniająca zawodowy charakter działania wykonawcy (art. 355 § 2 KC). Przy ocenie, czy wykonawca*

dopuszczył się niedbalstwa rażącego, należy wziąć pod uwagę zarówno profesjonalny charakter wykonywanych przez niego czynności, typ stosunków łączących strony, jak i konkretne okoliczności.(...)”.

Z powyższym stanowiskiem, w ocenie Izby, nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, dostrzeżenia wymaga, że w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego 3, a w konsekwencji odrzucenia jego wniosku, Zamawiający uznał, że odstąpienie od umowy nr 150/3RBL/03/2023 zawartej w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Krakowie, nastąpiło z winy Odwołującego 3. W odpowiedzi na odwołanie natomiast Zamawiający odwoływał się do przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że użyte w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stwierdzenie „z przyczyn leżących po jego stronie” jest pojęciem szerszym od „winy”, niemniej jednak nie zmienia to faktu, że w treści uzasadnienia czynności odrzucenia wniosku Odwołującego 3, zamawiający twierdził, że Odwołujący 3 ponosi winę. Zamawiający utożsamiał to z niedochowaniem przez Odwołującego 3 należytej staranności, którą jako profesjonalista, Odwołujący 3 zobowiązany był dochować. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu czynności z 10 maja 2024 r. w zakresie w jakim odnosi się ona do Odwołującego 3, aby odstąpienie od ww. umowy zamówienie nastąpiło z winy Odwołującego 3. W treści uzasadnienia brakuje jakiegokolwiek pogłębionej analizy w tym zakresie. Z okoliczności sprawy wynika, że swoją decyzję Zamawiający oparł tylko na wyjaśnieniach Odwołującego 3 – piśmie pt. „SELF CLEANING” oraz na ogłoszeniu o wykonaniu ww. umowy opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W tym miejscu Izba wskazuje, że zamawiający celem ustalenia, czy wobec danego wykonawcy zachodzą przewidziane w danym postępowaniu przesłanki wykluczenia, ma co do zasady (za wyjątkiem kiedy to ustawa przenosi ciężar wykazania na wykonawcę pewnych okoliczności) do dyspozycji dość szeroki wachlarz narzędzi wskazanych w art. 128 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp. Tymczasem, w okolicznościach tej sprawy, Zamawiający na którym niewątpliwie spoczywał ciężar wykazania spornej przesłanki wykluczenia Odwołującego 3, zaniechał skorzystania z powyższych narzędzi celem ustalenia w sposób niewątpliwy, czy odstąpienie od umowy z 3 Regionalną Bazą Logistyczną z siedzibą w Krakowie, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego 3, czy też z jego winy jak wskazano w uzasadnieniu wykluczenia, czym w ocenie Izby Zamawiający naruszył ustawę Pzp.

Powyższe, jest w ocenie Izby wystarczające dla oceny, że czynność wykluczenia Odwołującego 3 i w konsekwencji odrzucenie jego wniosku było nieprawidłowe w okolicznościach tej sprawy. Zamawiający bowiem nie ustalił w sposób należyty i nie wykazał, że Odwołujący 3 ponosi winę, jak też nie wykazał, że zaszły przyczyny leżące po stronie Odwołującego 3, które były powodem odstąpienia przez Zamawiającego 3RBL w Krakowie od ww. umowy.

Przechodząc natomiast do stanowiska Odwołującego 3, Izba wskazuje, że oceniając złożony przez Odwołującego 3 materiał dowodowy, przy jednoczesnym braku aktywności dowodowej w tym zakresie po stronie Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący 3 wykazał, że odstąpienie od ww. umowy nastąpiło z przyczyn inne, niż leżące po stronie Odwołującego 3.

Po pierwsze, za pomocą dowodów, Odwołujący 3 wykazał, że niedostarczenie przez niego części będącej przedmiotem umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie producenta, który mimo prowadzonej z Odwołującym 3 korespondencji w sprawie zamówienia i potwierdzenia parametrów technicznych zamawianej części, postanowił zmienić ustawienia w zakresie wymiarów. W tym miejscu Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego 3 wyrażone podczas rozprawy, zgodnie z którym wykonawca nie może odpowiadać za działania producenta jak za działania chociażby podwykonawcy, jest w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy prawidłowe. Zdaniem składu orzekającego producenta, którego produkty są jedynie przedmiotem oferty danego wykonawcy, nie można w okolicznościach tej sprawy utożsamiać z podwykonawcą. Ponadto, zdaniem Izby zostało wykazane, że decyzje producenta kształtują następnie rynek, który na nie odpowiednio reaguje. Nie sposób bowiem pominąć wykazanej dowodem 5 okoliczności, że w nowym postępowaniu wymiary, których zmiana przez producenta nastąpiła na etapie po podpisaniu umowy o zamówienie, zostały następnie przez zamawiającego 3RBL w Krakowie odpowiednio zmodyfikowane. Powyższą sytuację można w ocenie Izby ocenić w okolicznościach tej sprawy jako wystąpienie przyczyn niezależnych od stron umowy o zamówienie publiczne.

Po drugie, z dowodu 3 wynika, że 3RBL w Krakowie, powołując się na naruszenie ustawy Pzp, nie wyraziła zgody na zmianę parametru (*vide* pismo z 7 listopada 2023 r.), natomiast jak wynika z pisma z 21 listopada 2023 r., odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie §15 ust. 1 pkt 1 umowy a kara umowna została naliczona na podstawie §14 ust. 1 pkt 3 umowy, w wysokości 10% wartości przedmiotu umowy. Na podstawie treści umowy załączonej do odwołania, Izba ustaliła, że §15 ust. 1 pkt 1 umowy stanowi, że: *„Zamawiający może odstąpić od umowy bądź jej niezrealizowanej części w terminie 30 dni od dowiedzenia się o następujących okolicznościach: 1) gdy wykonawca opóźnia się z wykonaniem bądź z rozpoczęciem wykonywania umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał wykonać przedmiot umowy w terminie”*. Zgodnie natomiast z §14 ust. 1 pkt 3 umowy: *„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: (...) 3) w przypadku niezrealizowania części lub całości przedmiotu umowy – w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej umowy.”* Z powyższego wynika więc, jak słusznie podniósł Odwołujący, że powodem odstąpienia od umowy z Odwołującym 3 było opóźnienie. Opóźnienie utożsamiane jest natomiast z okolicznościami, za które dłużnik nie ponosi

odpowiedzialności, w przeciwieństwie do zwłoki, gdzie aby dłużnik uwolnił się od konieczności zapłaty kary umownej musi wykazać, że nie ponosi winy za niewykonanie umowy w terminie. Tym samym, w okolicznościach tej sprawy, w ocenie Izby, Zamawiający mając na uwadze, że powodem odstąpienia od umowy było opóźnienie, tym bardziej powinien był zbadać, czy okoliczności które wywołały to opóźnienie były okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego 3 czy też były to okoliczności, na które nie miał on wpływu. Powyższe w zestawieniu z dowodem 5 pozwala Izbie na wniosek, że przyczyna, która spowodowała niewykonanie umowy a w konsekwencji odstąpienie od niej zamawiającego 3RBL w Krakowie, była przyczyną niezależną od Odwołującego 3, na którą nie miał on wpływu, a do której zamawiający 3RBL w Krakowie dostosował wymogi kolejnego zamówienia. Powodem niewykonania umowy z 24 kwietnia 2023 r. były zatem w ocenie Izby okoliczności obiektywne.

Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy, w tym dowód 3, w ocenie Izby Odwołujący 3 wykazał, że dochował należytej staranności przy realizacji umowy z 24 kwietnia 2023 r., oraz wykazał, że niewykonanie tej umowy nastąpiło z przyczyn, które nie leżały po stronie Odwołującego 3.

Reasumując, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego 3 i odrzuceniu jego wniosku była wadliwa, ponieważ Zamawiający w uzasadnieniu tej czynności nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek o jakich mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. nie wykazał że niewykonanie umowy miało miejsce z przyczyn leżących po stronie Odwołującego 3, do czego był zobowiązany stosując tą podstawę wykluczenia. Ponadto, przez zaniechanie zastosowania narzędzi przewidzianych w art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, Zamawiający naruszył również te przepisy ustawy. Czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego wniosku jest czynnością zamawiającego, której zasadność jest on zobowiązany zawsze wykazać. Następuje to przez wykazanie w sposób niewątpliwy, że ziszczyły się wszystkie przesłanki konieczne do zastosowania danej podstawy wykluczenia lub odrzucenia. Istnienie tych przesłanek zamawiający powinien ustalić w sposób niewątpliwy i obiektywny mając na uwadze stanowisko każdej strony umowy, a następny tak zgromadzony materiał ocenić w sposób niezależny i obiektywny i dać tej ocenie wyraz w uzasadnieniu podjętej czynności. W ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy powyższe nie miało miejsca po stronie Zamawiającego. Jednocześnie, Odwołujący za pomocą złożonego materiału dowodowego wykazał, że powody, które legły u podstawy niezrealizowania przez niego umowy były od niego niezależne, ponieważ były to powody leżące po stronie producenta, o których Odwołujący 3 dowiedział się już po podpisaniu umowy z 3RBL w Krakowie. W tych okolicznościach nie sposób w ocenie Izby było uznać aby Odwołujący 3 podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponadto należy mieć na uwadze cel tej regulacji prawnej, jakim jest eliminacja z postępowania o zamówienie wykonawców nierzetelnych, którzy swoją szeroko pojętą postawą na gruncie prowadzonej działalności nie dają rękojmi należytej realizacji umowy o zamówienie. W okolicznościach tej sprawy, z uwagi na powody niezrealizowania umowy z 24 kwietnia 2023 r., nie sposób uznać aby Odwołujący 3 mógł być uznany za taki podmiot. Wniosek przeciwny, w ocenie Izby prowadziłby do wypaczenia znaczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na koniec wskazać należy, że Zamawiający zupełnie pominął, że składając oświadczenie według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do Zaproszenia, Odwołujący 3 oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Złożenie pisma pt. „*SELF CLEANING*” wynikało w ocenie Izby z daleko posuniętej ostrożności i było przejawem chęci pokazania wszelkich okoliczności odnoszących się do Odwołującego 3 w sposób transparentny.

W związku z powyższym, Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się, co skutkowało jego uwzględnieniem w sposób pozwalający na osiągnięcie celu odwołania, tj. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i unieważnienia odrzucenia jego wniosku, a w konsekwencji powyższego – przywrócenie Odwołującego 3 do aktywnego udziału w tym postępowaniu.

O kosztach postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 1725/24 i KIO 1747/24 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym do uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

O kosztach postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 1773/24 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym do uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....
.....