

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i STEKOP-Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu 42 Bazie Lotnictwa Szkolnego w Radomiu w zakresie części 1 zamówienia:

- unieważnienie czynności odrzucenia wniosku odwołującego Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- unieważnienie wyników oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do składania ofert oraz
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu i:

- 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od zamawiającego 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Radomiu na rzecz odwołującego Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający 42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pn. „Usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego na lata 2025 – 2026” (nr postępowania: 41/PODOiB/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 191/2024 r. pod numerem 588307-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 grudnia 2024 r. wykonawca Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w zakresie dotyczącym w części 1 zamówienia wobec odrzucenia wniosku Odwołującego i niezaproszenia go do etapu składania ofert. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, że wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez wykonawcę niespełniającego

warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący spełnił warunek i wskazał co najmniej dwie usługi wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu dla części 1;

2.art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) i art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zbadania czy wskazana na wezwanie usługa referencyjna wykonana na rzecz Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. w okresie od 30.11.2022 r. do 30.11.2025 r. spełniała warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie bezpodstawne przyjęcie, że samo jej wskazanie skutkuje odrzuceniem wniosku, mimo iż taka sankcja nie została przewidziana w warunkach zamówienia, w szczególności w dokumencie „Opis przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego;”

a w konsekwencji

3.art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie wniosku Odwołującego i niezaproszenie go do dalszego etapu postępowania, a przez to nierówne traktowanie wykonawców oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przywrócenia wniosku Odwołującego i zaproszenia go do dalszego udziału w postępowaniu, tj. etapu składania ofert, dokonanie dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem udziału Odwołującego i złożonego przez niego wniosku.

W dniu 30 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i STEKOP-Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie złożyli pismo procesowe zawierające wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 10 stycznia 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w całości.

Odwołujący 14 stycznia 2025 r. złożył pismo procesowe odnoszące się do wniosku o odrzucenie odwołania, wskazując że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i STEKOP-Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”).

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

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że wnioski o odrzucenie odwołania nie znajdują oparcia w stanie faktycznym sprawy, a odwołanie nie zostało wniesione wobec czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W treści odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 4534/24 wskazano zarzuty naruszenia:

1.art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 405 ust. 4 w zw. z art. 57 pkt 2 zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 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, poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego, w sytuacji gdy w poprawionym wykazie usług z dnia 6 listopada 2024 r., w zakresie usługi wskazanej pod poz. 2, zrealizowanej na rzecz 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, Odwołujący wskazał całą wartość usługi, mimo, że usługa ta była realizowana przez Konsorcjum w składzie Agencja Ochrony Kowalczyk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Odwołującego, a nie wartość usługi wykonanej wyłącznie przez Odwołującego, przez co Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a powtórne wezwanie do poprawienia wykazu usług w tym zakresie nie jest dopuszczalne;

ewentualnie – w przypadku uznania bezzasadności zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej:

2.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 405 ust. 4 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu wykonanych usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonania poprzez:

- a) wskazanie dla usługi określonej pod poz. 2 wykazu usług zrealizowanej na rzecz 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, wartości usług, w których wykonaniu uczestniczył bezpośrednio Odwołujący, w sytuacji gdy w wykazie usług dla usługi z poz. 2 wskazano wartość całej usługi zrealizowanej przez Konsorcjum w składzie Agencja Ochrony Kowalczyk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Odwołujący przez co nie sposób uznać, że MK wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
- b) złożenie dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej pod poz. 1 w wykazie usług, zrealizowanej na rzecz ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerże Górne, w sytuacji gdy Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył dokument, z którego nie wynika potwierdzenie należytego wykonania wskazanej usługi.

Zakresem zaskarżenia objęto zatem nieprawidłowości w zakresie wykazu usług złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 6 listopada 2024 r. w odniesieniu do usług realizowanych na rzecz ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerże Górne (poz. 1) oraz 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego (poz. 2). W odwołaniu obecny Przystępujący wniósł o odrzucenie wniosku obecnego Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie usługi wskazanej pod poz. 2, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do: a) poprawienia wykazu usług poprzez wskazanie dla poz. 2 wykazu usług, wykonanej na rzecz 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, wyłącznie wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył MK, a nie całej wartości usług, b) przedłożenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 w wykazie usług, zrealizowanej na rzecz ENEA Wytwarzanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerże Górne.

Zamawiający uwzględnił odwołanie i wykonał czynności zgodnie z żądaniem ewentualnym podniesionym w odwołaniu, tj. unieważnił czynności oceny wniosków z 22 listopada 2024 r., unieważnił czynności zaproszenia do składania ofert oraz wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu do dostarczenia poświadczenia należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług (usługa wykonana na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z dnia 19 stycznia 2023 r. w składzie konsorcjum). Ponadto Zamawiający poprosił o wskazanie na jaką wartość została samodzielnie wykonana ww. usługa realizowana przez Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w zakresie dotyczącym poz. 2 wykazu usług (usługa wykonana na rzecz 13 WOG z 15 marca 2023 r. w składzie konsorcjum) na jaką wartość została samodzielnie wykonana usługa realizowana przez Odwołującego.

Czynność aktualnie objęta zakresem zaskarżenia, tj. odrzucenie wniosku Odwołującego, nie jest czynnością wykonaną zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 4534/24, ponieważ w odwołaniu wniesionym w ww. sprawie domagano się odrzucenia wniosku Odwołującego w oparciu o inne okoliczności faktyczne, dotyczące innych usług z wykazu usług, Zamawiający zaś nie uznał za właściwe odrzucenia wniosku, lecz wykonał żądanie ewentualne i kontynuował procedurę uzupełniającą podmiotowe środki dowodowe. Odrzucenie wniosku Odwołującego, które miało miejsce 11 grudnia 2024 r. jest następstwem wezwania go do uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, dokonanego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podstawy faktyczne odrzucenia wniosku Odwołującego wiążą się z informacjami przedstawionymi w odpowiedzi na to wezwanie, tj. z przeniesieniem usługi wskazanej w wykazie usług w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji do wykazu usług składanego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem odnoszą się do okoliczności nieobjętych postępowaniem odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 4534/24. Tym samym nie mamy tu do czynienia z przypadkiem wskazanym w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenie go do składania ofert wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła,

że przedmiotem zamówienia jest usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2025 – 2026. Zamówienie zostało podzielone na 4 części. Część 1 obejmowała usługi ochrony fizycznej SUFO w kompleksie wojskowym w m. Radom, ul. Sadków 9 oraz kompleksie wojskowym WCR w m. Radom, ul. 1905 roku 30 i Kościele Garnizonowym w m. Radom, Plac konstytucji 3 Maja 1.

W Rozdziale VIII Opisu sposobu przygotowania wniosku Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, w tym w punkcie 2.4) lit. a) ustalił warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, że Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca przedstawi wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich 5 lat, (jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie), z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wymagane jest co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług ochrony osób

i mienia przez SUFO dla danej części zamówienia: dla część I zamówienia co najmniej 2 usługi o wartości nie mniejszej niż: 6 000 000,00 złotych brutto (sześć milionów złotych) każda. Zamawiający poinformował, że 2 usługi = 2 umowy obejmujące zakres i wartości wskazane powyżej. Ponadto wskazał, że dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów składa swoje oświadczenie. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosku. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do wniosku. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do załącznika nr 5 do wniosku stosowne dokumenty (referencje/ lub inny dokument poświadczające wykonanie zamówienia).

W Rozdziale XII punkt 2 Opisu sposobu przygotowania wniosku Zamawiający wskazał, że do składania ofert zaprosi 6 Wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W pkt 3 wskazano, że Jeżeli liczba Wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie większa niż 6, Zamawiający zaprosi tych Wykonawców, którzy wykażą większą liczbę wykonanych lub wykonywanych usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia w Wykazie usług dodatkowych – załącznik nr 5 do wniosku. Zgodnie z pkt 4 jeżeli liczba Wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 6, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W Rozdziale XIII Opisu sposobu przygotowania wniosku zawarto opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaprowadzeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w Opisie (kryteria selekcji). Zamawiający wskazał w pkt 1, że jeżeli Wykonawca w wykazie usług, wykaże tylko dwie usługi (2), które decydowały o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie przyzna dodatkowych punktów, w kryterium selekcji - (0 pkt). Zgodnie z pkt 2 jeżeli Wykonawca wykaże usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia dodatkowo ponad te, które decydowały o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu otrzyma punkty określone w tabeli (1 dodatkowa usługa – 1 pkt, 2 dodatkowe usługi – 2 pkt, 3 dodatkowe usługi – 3 pkt). W pkt 4 wskazano, że Referencje złożone przez Wykonawcę w kryterium selekcji nie mogą się powtarzać z referencjami wymaganymi w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 7 ocena spełnienia niniejszego kryterium selekcji wyboru zostanie dokonana na podstawie wypełnionego załącznika nr 5 do wniosku oraz załączonych referencji/dowodów potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie usług.

We wzorze Wykazu usług (załącznik nr 5 do wniosku) zawarta została tabela, w której należało podać odrębnie usługi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz usługi w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji.

W postępowaniu w zakresie części 1 wpłynęło siedem wniosków.

Odwołujący wraz z wnioskiem złożył wykaz usług, w którym wskazał jako usługi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 1) usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 8 413 388,44 zł brutto, wykonywaną od 30.11.2019 r. do 30.11.2022 r. na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.;
- 2) usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 11 812 561,80 zł brutto wykonaną od 03.01.2021 r. do 02.01.2024 r. na rzecz 21 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie.

Ponadto Odwołujący wskazał jako usługę w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 6 083 052,09 zł brutto, wykonywaną od 30.11.2022 r. do 30.11.2025 r. na rzecz

ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z 6 listopada 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do „dostarczenia jeszcze jednych referencji potwierdzających należyte wykonanie umowy.” Zamawiający wskazał, że referencje przedłożone i wykazane w wykazie usług wystawione przez 21 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie nie spełniają wymagań Zamawiającego. Zamawiający wymagał wartości usługi na kwotę 6 000 000 zł brutto w ramach jednej umowy, natomiast wykonawca wykazał referencje, gdzie zostały zsumowane wartości w ramach trzech umów.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył uzupełniony wykaz usług, w którym wskazał jako usługi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 3) usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 8 413 388,44 zł brutto, wykonywaną od 30.11.2019 r. do 30.11.2022 r. na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.;
- 4) usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 9 211 883,93 zł brutto wykonaną od 31.03.2021 r. do 29.02.2024 r. na rzecz 13 WOG w Grudziądzu.

Jako usługę w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji podano usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 6 083 052,09 zł brutto, wykonywaną od 30.11.2022 r. do 30.11.2025 r. na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.

Zamawiający w piśmie z 8 listopada 2024 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków, wskazując, że żaden z wniosków nie podlega odrzuceniu i przedstawiając punkty przyznane w kryterium selekcji. Czynność ta została następnie unieważniona (pismo z 18 listopada 2024 r.).

Zamawiający w piśmie z 22 listopada 2024 r. zawiadomił wykonawców o wynikach ponownej oceny wniosków, wskazując, że wniosek jednego z wykonawców (wniosek nr 4) podlega odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający wskazał, że do składania ofert w części 1 zaprosi wszystkich pozostałych wykonawców (6), w tym Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący 2 grudnia 2024 r. złożył odwołanie w zakresie części 1 na czynność oceny wniosków i zaproszenia do składania ofert, stawiając zarzuty związane z zaniechaniem odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechaniem wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu wykonanych usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a po jego stronie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, wobec czego postępowanie odwoławcze zainicjowane ww. odwołaniem zostało umorzone postanowieniem z dnia 9 grudnia 2024 r., sygn. akt KIO 4534/24.

Pismem z 4 grudnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny wniosków z 22 listopada 2024 r. oraz unieważnieniu czynności zaproszenia do składania ofert.

Następnie Zamawiający pismem z 5 grudnia 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (dotyczy poz. 1 wykazu usług – usługa wykonana na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z dnia 19 stycznia 2023 r. w składzie konsorcjum) do dostarczenia poświadczenia należytego wykonania usługi. Poświadczenie należytego wykonania usługi powinno być wystawione z adnotacją, że umowa została wykonana należyście. Ponadto Zamawiający poprosił o wskazanie na jaką wartość została samodzielnie wykonana usługa realizowana przez Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie (dotyczy poz. 2 wykazu usług – usługa wykonana na rzecz 13 WOG z 15 marca 2023 r. w składzie konsorcjum) na jaką wartość samodzielnie wykonana usługa realizowana przez Odwołującego

W odpowiedzi Odwołujący złożył uzupełniony wykaz usług, w którym wskazał jako usługi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 5) usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 6 083 052,09 zł brutto, wykonywaną od 30.11.2022 r. do 30.11.2025 r. na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.;
- 6) usługę ochrony osób i mienia przez SUFO o wartości 9 211 883,93 zł brutto wykonaną od 31.03.2021 r. do 29.02.2024 r. na rzecz 13 WOG w Grudziądzu.

Odwołujący w uzupełnionym wykazie nie wskazał żadnej usługi w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji.

Jednocześnie oświadczył, w zakresie poz. 1 uzupełnienia, że Odwołujący odpowiedzialny był za bezpośrednią realizację usługi, w tym za szkolenie pracowników, zapewnienie składu osobowego, w tym pracowników posiadających pozwolenia na broń obiekтовую. Współpracę regulowała umowa konsorcjum z dnia 08.09.2022 r. Zgodnie z jej postanowieniami w przestrzeni realizacji kontraktu oraz aneksami ostatecznie Odwołujący odpowiedzialny był za realizację 95% przedmiotowego zamówienia. Tym samym realizując przedmiotowe zamówienie w jednej z największych

elektrowni w Polsce Odwołujący nabył doświadczenie określone w instrukcji do wniosku, tj. wartość usługi przekraczała kwotę 6 000 000 zł. Jako dowód Odwołujący złożył fakturę z 2.12.2024 r., a ponadto oświadczył, że wartość usług zrealizowanych przez Odwołującego na dzień składania wniosków wyniosła 6 083 052,09 zł.

W zakresie poz. 2 (13 WOG w Grudziądzu) Odwołujący odpowiedzialny był za bezpośrednią realizację usługi, w tym za szkolenie pracowników, zapewnienie składu osobowego, w tym pracowników posiadających pozwolenia na broń obiektową. Współpracę regulowała umowa konsorcjum z dnia 13.08.2020 r. Zgodnie z jej postanowieniami w przestrzeni realizacji kontraktu oraz aneksami ostatecznie Odwołujący odpowiedzialny był za realizację 99% przedmiotowego zamówienia, na dowód czego załączono aneks. Odwołujący oświadczył, że realizując przedmiotowe zamówienie Odwołujący nabył doświadczenie określone w instrukcji do wniosku, tj. wartość usługi przekraczała kwotę 6 000 000 zł. Jako dowód Odwołujący złożył fakturę z 1.10.2023 r., a ponadto oświadczył, że wartość usług zrealizowanych przez Odwołującego wyniosła 9 211 883,93 zł.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przyznaje zamawiającemu wyłącznie uprawnienie do żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, a nie złożenia dowodów. Wykonawca zatem posiada dowolność w zakresie przedstawienia dowodów na wezwanie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Orzecznictwo z jednej strony wskazuje, że wykonawca wymagane doświadczenie może potwierdzić w ramach własnego oświadczenia, natomiast z drugiej, że najistotniejsze znaczenie ma materiał dowodowy, w oparciu o który zamawiający oceni spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nadmienił, że zmiana wykazu usług w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na gruncie ustawy Pzp jest dopuszczalna, pod warunkiem że mieści się w ramach przewidzianych przez przepisy i praktykę orzecznicza. Kluczowym artykułem jest art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który pozwala wykonawcom na uzupełnienie, poprawienie lub zaktualizowanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał dodatkowo na orzecznictwo KIO.

Zamawiający pismem z 11 grudnia 2024 r. zawiadomił wykonawców o wynikach ponownej oceny wniosków w zakresie części 1, wskazując, że wniosek Odwołującego został odrzucony na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, wobec czego do składania ofert w części 1 zaprosi pozostałych wykonawców (5).

Uzasadniając decyzję o odrzuceniu wniosku Odwołującego Zamawiający wskazał, że z przedłożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów wynika, że w zakresie poz. 1 wykazu usług (usługa na rzecz ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.) wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy nadmienić, że na wezwanie Zamawiającego do dostarczenia poświadczenia należytego wykonania usługi Wykonawca przedłożył nowy, zmieniony wykaz usług (załącznik nr 5 do wniosku). Wykonawca usługę uprzednio wskazaną w wykazie usług w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji wykonawców zamienił na usługę w celu spełnienia warunków udziału w zamówieniu oraz załączył poświadczenie należytego wykonania usług wcześniej już przedłożone w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji wykonawców.

W piśmie z 12 grudnia 2025 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do składania ofert w zakresie części 1 zamówienia. Termin składania ofert wyznaczono na 22 stycznia 2025 r.

Izba zważyła, co następuje:

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

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu należy wskazać, że zgodnie z:

- art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania;
- art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu;

- art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II z wyjątkiem art. 83, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 2, art. 92, art. 94, art. 100-102, art. 110 ust. 2 i 3, art. 115 ust. 2, art. 125 ust. 2, 3 i 6, art. 126 ust. 1 i 2, art. 127, art. 222 ust. 2-5, art. 245 ust. 6 i art. 262, rozdziału 3, z wyjątkiem art. 129 i art. 130 ust. 2, chyba, że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Izba uznała zarzuty odwołania za uzasadnione, stwierdzając, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu wniosku odwołującego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp nie była prawidłowa.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Izba weryfikuje prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu wniosku Odwołującego przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu wniosku. Uzasadnienie takie powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia wniosku może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego zakomunikowane wykonawcy i nie jest dopuszczalne rozszerzanie w postępowaniu odwoławczym podstaw faktycznych odrzucenia wniosku wykonawcy. W konsekwencji za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała podnoszone podczas rozprawy twierdzenia Przystępującego, że uzupełnione przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe (w szczególności poświadczenia należytego wykonania usług) i złożone przez niego wyjaśnienia nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podnoszone przez Przystępującego okoliczności faktycznie nie stanowiły podstawy odrzucenia wniosku Odwołującego i nie mogą podlegać ocenie Izby w tym postępowaniu.

Uzasadnienie odrzucenia wniosku Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 11 grudnia 2024 r. w ocenie Izby było lakoniczne i nie wykazywało faktu, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z zawiadomienia o odrzuceniu wniosku Odwołującego wynika wyłącznie to, że Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z tego powodu, że Odwołujący składając na wezwanie zmieniony wykaz usług, posłużył się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu usługą uprzednio wskazaną w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji wykonawców oraz załączył poświadczenie należytego wykonania usług wcześniej już przedłożone w celu otrzymania dodatkowych punktów w kryterium selekcji wykonawców. Zamawiający nie wyjaśnił, nie mówiąc o wykazaniu, dlaczego okoliczność uzupełnienia wykazu usług o usługę wskazaną wcześniej na potrzeby kryterium selekcji miałyby przesądzać o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu i dlaczego takie działanie wykonawcy nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp czy w postanowieniach SWZ. W uzasadnieniu odrzucenia wniosku Odwołującego brak jest w tym zakresie jakiegokolwiek argumentacji. W postępowaniu odwoławczym powyższej kwestii również nie wyjaśniono. Tymczasem sankcja odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest sankcją daleko idącą, pozbawiającą wykonawcę szansy na uzyskanie zamówienia, wobec czego zaistnienie podstaw odrzucenia wniosku nie może budzić wątpliwości i należy okoliczność tą jednoznacznie i wyczerpująco uzasadnić.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, badanie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz ocena wniosków w kryterium selekcji to dwie różne kwestie. Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa najpierw dokonuje oceny, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a dopiero później – jeśli liczba wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu jest większa niż przewidziana w dokumentach zamówienia liczba wykonawców, jaką Zamawiający zamierza zaprosić do składania ofert – dokonuje ewentualnej oceny wniosków w kryteriach selekcji. Weryfikacja spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest zatem dokonywana w pierwszej kolejności. Z kolei jak wynika z treści dokumentów zamówienia (Rozdział XIII Opisu sposobu przygotowania wniosku) ewentualne powtórzenie się usług wskazanych w obu wykazach powinno skutkować nieprzyznaniem wykonawcy punktów w kryterium selekcji. Posłużenie się tymi samymi usługami w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w celu uzyskania punktów w kryterium selekcji, nie wpływa zatem na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz na możliwość uzyskania punktów w kryterium selekcji. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący nie mógł posłużyć się taką usługą w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, skoro art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, daje wykonawcom możliwość uzupełnienia wykazu usług w toku postępowania o udzielenie zamówienia o inne usługi. Gdyby Odwołujący od początku wskazał sporną usługę w obu wykazach, to nie budzi wątpliwości okoliczność, że podlegałaby ona badaniu w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast wykonawca nie dostałby za nią punktów w kryterium selekcji,

ponieważ nie byłaby to usługa wykazująca dodatkowe ponad wymagane treścią warunku minimalne doświadczenie.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że takie działanie Odwołującego było nieuczciwe, gdyż Odwołujący w chwili wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wiedział już, że liczba wykonawców, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, nie była większa niż przewidziana w Opisie sposobu przygotowania wniosku liczba wykonawców, których Zamawiający zaprosi do składania ofert, Izba stwierdziła, że Zamawiający pominął fakt, że sytuacja, w jakiej znalazł się Odwołujący, nie była od niego zależna. Okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do unieważnienia przez Zamawiającego pierwotnego wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie zawężenia kręgu wykonawców, których wnioski nie podlegały odrzuceniu do liczby, która nie uzasadniała już stosowania kryteriów selekcji, była wyłącznie wynikiem działań i zaniechań Zamawiającego. Ponowny wynik oceny wniosków o opuszczenie do udziału w postępowaniu również został unieważniony z uwagi na zaniechania Zamawiającego, na które wskazano w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 4534/24. Trudno zatem wywodzić negatywne skutki dla wykonawcy z faktu, że powziął on wiedzę o pewnych okolicznościach na skutek wadliwego przeprowadzenia badania wniosków przez Zamawiającego. Zamawiający powinien przeprowadzić czynność badania wniosków w zakresie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w sposób kompleksowy i prawidłowy, a dopiero później, po zakończeniu tego badania i ustaleniu kręgu podmiotów, których wnioski nie podlegają odrzuceniu, dokonać ewentualnej oceny wniosków w kryteriach selekcji, jeśli zaistniałaby taka potrzeba.

W tym stanie rzeczy Izba za konieczne uznała nakazanie Zamawiającemu w zakresie części 1 zamówienia: unieważnienie czynności odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie wyników oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do składania ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego. Zamawiający powinien dokonać badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego z uwzględnieniem podmiotowych środków dowodowych złożonych na wezwanie z 5 grudnia 2024 r., z dokumentów zamówienia nie wynika bowiem, aby Zamawiający zweryfikował tę okoliczność.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł). Izba ograniczyła wysokość należnych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika potwierdzonych fakturą złożoną do akt sprawy do kwoty maksymalnej przewidzianej w § 5 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia, zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Przewodnicząca:.....