

## WYROK

Warszawa, dnia 18 lutego 2025 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KREATOR sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Toruniu, JSCP S., N. sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz Zakład Odzieżowy MODAR sp. z o.o. z siedzibą w Staszowie (dalej „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – 2 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”)

#### orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu z pkt II. 3 petitum odwołania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego 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:.....

### KIO 198/25

#### Uzasadnienie

Skarb Państwa – 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „Regionalna Baza Logistyczna”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w latach 2025-2026 – kosztulka połowa (Nr referencyjny: W/192/2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 listopada 2024 r. pod numerem: 2024/S 218-681443.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

20 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KREATOR sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Toruniu, JSCP S., N. sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz Zakład Odzieżowy MODAR sp. z o.o. z siedzibą w Staszowie (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Kreator”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu, polegającej na: nieprawidłowej ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 2 w związku z art. 395 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie, że podmiotowe środki dowodowe złożone w ramach uzupełnień na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a nie na dzień ich złożenia, co skutkowało odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Kreator, mimo że spełniał on wszystkie warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 146 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp przez odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego, mimo że spełniał on wszystkie warunki udziału w postępowaniu;
- 3) art. 7 pkt 36 ustawy Pzp przez niewłaściwe zakwalifikowanie przedmiotowego zamówienia jako zamówienia w

dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, mimo że jego przedmiotem jest dostawa koszulek polo dla administracji wojskowej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności polegającej na badaniu spełniania przez Konsorcjum Kreator warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

10 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Pzp na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania w tym zakresie oraz
- 2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, w całości, jako bezzasadnego.

**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.**

Izba stwierdziła, że zaszła przesłanka do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu z pkt II.3 petitum odwołania, o której stanowi przepis art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z wyżej wymienionym przepisem „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (...)”. Słusznie podniósł Zamawiający, że odwołanie co do zakwalifikowania postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wykwapowania w latach 2025-2026 – koszulka polowa, prowadzonego przez Regionalną Bazę Logistyczną, jako mieszczącego się w kategorii zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, mogło być sformułowane przez Konsorcjum Kreator w terminie 10 dni liczonych od dnia 8 listopada 2024 r., tj. od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej – zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do postanowień ogłoszenia, czy też co do kwalifikacji przedmiotu zamówienia jako zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, winien był po publikacji przez Zamawiającego treści ogłoszenia, zwrócić się z wnioskiem o wyjaśnienie swoich wątpliwości, które podnosi obecnie w treści odwołania lub wnieść odwołanie wobec treści ogłoszenia. Skoro Odwołujący z tych możliwości nie skorzystał, to jego zarzut odnoszący się de facto do postanowień ogłoszenia należy uznać za spóźniony. Ponadto okoliczność, iż Konsorcjum Kreator, zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień ogłoszenia, które jemu nie odpowiadały, w terminie 10 dni od dnia opublikowania ogłoszenia, dopiero aktualnie występuje z odwołaniem, skarżąc czynność Regionalnej Bazy Logistycznej w postaci odrzucenia jego wniosku, dokonaną według zasad określonych w ogłoszeniu, w żaden sposób nie uzasadnia „przywrócenia” terminu do kwestionowania postanowień ogłoszenia na obecnym etapie. Treść ogłoszenia była bowiem znana uczestnikom postępowania od dnia udostępnienia tego dokumentu. Podkreślenia wymaga, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi i nie podlegają przywróceniu (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 1339, art. 515 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, że „1. Zgodnie z art. 57 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1.1. nie podlegają wykluczeniu – o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 405 ust. 1 oraz art. 405 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 405 ust. 1 i art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli z przedstawionych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów wynikać będzie, że nie występują uwarunkowania określone w art. 108 oraz 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 ustawy Pzp (...)”.

Wykonawcy wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązani byli złożyć wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu podmiotowe środki dowodowe, w tym informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie

określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp (dalej: „informacja z KRK” lub „zaświadczenie z KRK”). Dokument ten miał być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.

Odwolujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie złożył informacji z KRK dla współnika JSCP S., N. sp. j. z siedzibą w Łodzi – GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz dla Prokurenta GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – Pana M.B..

W związku z powyższym, 18 grudnia 2024 r. Regionalna Baza Logistyczna działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwała Konsorcjum Kreator do uzupełnienia dokumentów, w tym informacji z KRK w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp dla GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – współnika JSCP S., N. sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz dla Pana M.B. – Prokurenta GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. W treści pism Zamawiający podkreślił, że „Zgodnie z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp oświadczenia oraz podmiotowe środki dowodowe potwierdzają brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

W odpowiedzi na wezwanie Regionalnej Bazy Logistycznej, Konsorcjum Kreator we wskazanym terminie uzupełniło informację z KRK dla GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – współnika JSCP S., N. sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz dla Pana M.B. – Prokurenta samoistnego GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Oba dokumenty zostały wystawione w dacie 19 grudnia 2024 r., a zatem po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

10 stycznia 2025 r. Zamawiający, działając zgodnie z art. 147 ustawy Pzp, poinformował, że dokonał oceny wniosków złożonych w Postępowaniu. Regionalna Baza Logistyczna wskazała, że wniosek Konsorcjum Kreator podlega odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne o następującej treści (pisownia oryginalna):

„Zamawiający 2. Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w latach 2025-2026 Koszulka polowa, o numerze referencyjnym W/192/2024. Zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu 2024/S 218-681443. Zgodnie z art. 57 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1.1. Nie podlegają wykluczeniu – o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 405 ust. 1 oraz art. 405 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 405 ust. 1 i art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli z przedstawionych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów wynikać będzie, że nie występują uwarunkowania określone w art. 108 oraz 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 ustawy Pzp;

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający żądał załączenia (...) następujących dokumentów: 2.1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym: w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, dotyczące orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem złożenia wniosków;

Zamawiający dokonał weryfikacji informacji zawartych w dziale II KRS i stwierdził, że w skład organu zarządzającego JSCP S., N. Sp. J. wchodzi następujący współnicy reprezentujący spółkę:

- N.P.,
- S.D.,

•GARMENTS PRO Sp. z o. o.

Po pobraniu oraz z weryfikacji odpisu KRS GARMENTS PRO Sp. z o.o. wynika, iż w skład organu zarządzającego GARMENTS PRO Sp. z o.o. wchodzi następujący współnicy:

- N.P.,
- S.D.

Jednocześnie w KRS GARMENTS PRO Sp. z o.o. został wskazany Prokurent p. M.B. – Prokura samoistna.

Po analizie złożonych przez JSCP S., N. Sp. J. dokumentów i oświadczeń Zamawiający stwierdził że Wykonawca nie złożył:

a) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia – załącznik nr 3 do wniosku;

b) informacji z KRK dla

- Podmiotu zbiorowego GARMENTS PRO Sp. z o.o.
- Prokurenta M.B.;

Zamawiający w dniu 18.12.2024 r., pismem RTD 1250/2024/318 na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę Konsorcjum firm: KREATOR Sp. z o.o. Sp. k. ul. Bolesława Chrobrego 97, 87-100 Toruń – lider konsorcjum; JSCP S., N. Sp. J. ul. Brukowa 10, 91-341 Łódź – partner konsorcjum, Zakład Odzieżowy MODAR sp. z o.o. ul. Krakowska 50, 28-200 Staszów – partner konsorcjum do uzupełnienia następujących dokumentów:

- oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia – załącznik nr 3 do wniosku;
- informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków dla GARMENTS PRO Sp. z o.o. – wspólnika JSCF S., N. Sp. J. oraz p. M.B. – Prokurenta GARMENTS PRO Sp. z o.o. w terminie do dnia 27.12.2024 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca Konsorcjum firm: KREATOR Sp. z o.o. Sp. k. ul. Bolesława Chrobrego 97, 87-100 Toruń – lider konsorcjum; JSCP S., N. Sp. J. ul. Brukowa 10, 91-341 Łódź – partner konsorcjum, Zakład Odzieżowy MODAR sp. z o.o. ul. Krakowska 50, 28-200 Staszów – partner konsorcjum w oznaczonym terminie uzupełnił następujące dokumenty:

- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia – załącznik nr 3 do wniosku;
- informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy, dla GARMENTS PRO Sp. z o.o. – wspólnika JSCP S., N. Sp. J. oraz p. M.B. – Prokurenta GARMENTS PRO Sp. z o.o.

Po dokonaniu analizy uzupełnionych dokumentów Zamawiający stwierdził, iż dokumenty KRK dla GARMENTS PRO Sp. z o.o. p. M.B. – Prokurenta GARMENTS PRO Sp. z o.o. zostały wystawione w dacie 19.12.2024 r., tj. po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp oświadczenia oraz podmiotowe środki dowodowe potwierdzają brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 10.10.2024 r., sygn. Akt. 3376/24: (...)

Wobec powyższego należy uznać, iż Wykonawca nie potwierdził braku podstaw wykluczenia z postępowania na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i podlega odrzuceniu”.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 128 ust. 1-2 ustawy Pzp stanowi:

„1. 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.
2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia”.

Stosownie do brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp „1. Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli: (...); 2) został złożony przez wykonawcę: (...), c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń; (...)”.

W myśl art. 395 ustawy Pzp:

„1. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

1) stosuje się przepisy:

a) 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,

b) działu IV rozdziału 1, z wyjątkiem art. 311 ust. 1 i 3;

2) nie stosuje się przepisów art. 21-23, art. 72 ust. 1 pkt 5, art. 78 ust. 4, art. 442 ust. 1 i 2, art. 443, art. 446 i art. 448.

2. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów działu I rozdziału 7 w zakresie, w jakim przewidują obowiązek komunikacji z wykonawcą wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz art. 97 ust. 10 w zakresie, w jakim przewiduje obowiązek przekazania oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej.

3. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów ustawy właściwych dla przetargu nieograniczonego, partnerstwa innowacyjnego, dynamicznego systemu zakupów oraz konkursu”.

Art. 405 ust. 1-5 ustawy Pzp:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o

których mowa w art. 108.

2. W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną albo osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ust. 11 pkt 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;

2) który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw;

3) którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;

4) który ma siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwa, o których mowa w art. 404 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 404 ust. 2;

5) o którym mowa w art. 109;

6) będącego osobą fizyczną, która naruszyła zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia;

7) jeżeli urzędujący członek jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnik spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurent naruszył zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 2 pkt 2, 6 i 7, wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęło 5 lat od stwierdzenia naruszenia, o którym mowa w tych przepisach.

4. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia do oferty, wykonawca dołącza oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe.

5. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia nie później niż na dzień składania ofert.

(...)"

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 i § 11 ust. 1 pkt 4 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. z 2020 r. poz. 2415, dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”):

„§ 2

1. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy,

d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, dotyczącej ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,

e) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

(...)

§ 11

1. W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisy § 2 i § 4-10 stosuje się, z zastrzeżeniem że:

(...);

4) podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, § 4 ust. 1 pkt 1 i § 6, są wystawiane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

(...)"

Przechodząc do rozpoznania zarzutów z pkt II.1-II.2 petitum odwołania należy wskazać, co następuje.

Spór pomiędzy stronami dotyczył zagadnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych składanych w postępowaniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – konkretnie chodziło o dokument w postaci zaświadczenia z KRK.

Istota przedmiotowego sporu sprowadzała się zatem do dokonania oceny, czy na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, złożył informację z KRK, potwierdzającą stan aktualny na dzień złożenia dokumentu, tj. dzień późniejszy niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazał brak podstaw wykluczenia z postępowania jak tego wymaga art. 405 ust. 5 ustawy Pzp.

Z wyżej wymienionego przepisu jednoznacznie wynika, że wykonawca jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, brak podstaw do wykluczenia. Moment wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został więc określony inaczej niż w przypadku pozostałych zamówień, co ma znaczenie kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Należy zauważyć, że dopuszczalna w zamówieniach klasycznych zasada, iż wykonawca wykazuje brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert/wniosków w oświadczeniu wstępnym, a dokumenty składane na dalszym etapie przez tego wykonawcę, którego oceniono najwyżej, wykazują stan na dzień ich złożenia, wynika z brzmienia art. 125 ust. 3 oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem w przypadku zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, stosowanie art. 125 ust. 3 oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zostało wyłączone zgodnie z treścią art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwszy ustawy Pzp. Oznacza to, że w przypadku tych zamówień nie obowiązuje zasada wstępnego potwierdzania spełniania warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia, a następnie potwierdzania tego stanu rzeczy odpowiednimi środkami dowodowymi. Zasadą jest, że już wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą należy przedłożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe, co wynika wprost z brzmienia art. 405 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby również w przypadku uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, mają one potwierdzać określone okoliczności nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Należy odnotować, że słusznie zauważył Odwołujący, iż wyłączenie stosowania przepisów w stosunku do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa zawarte w art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwszy ustawy Pzp, nie dotyczy przepisu art. 128 ust. 2 wyżej wymienionej ustawy. Jednakże w przypadku zamówień obronnych ustawa Pzp zawiera regulację szczególną – wspomniany art. 405 ust. 5 ustawy Pzp – który nakazuje przeprowadzanie weryfikacji podmiotowej wykonawcy na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (lub odpowiednio oferty), wobec czego to stan na ten właśnie moment wykazywać mają dowody składane przez wykonawców, żądane przez zamawiającego w zakresie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu. W konsekwencji należy uznać, że również wykonawca, który składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykazał za pomocą wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu podmiotowych środków dowodowych braku podstaw do wykluczenia, w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia, ma obowiązek przedstawienia takich oświadczeń lub dokumentów, które wykażą, że w chwili składania wniosku nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podkreślenia wymaga, że rozpoznawane w niniejszej sprawie zagadnienie zostało już poddane ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą w szeregu innych postępowań odwoławczych (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 31 stycznia 2018 r. o sygn. akt KIO 109/18; z dnia 27 lutego 2018 r. o sygn. akt KIO 258/18 i KIO 263/18; z dnia 27 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 410/18, KIO 449/18 i KIO 471/18; z dnia 27 marca 2019 r. o sygn. akt KIO 420/19; z dnia 26 listopada 2020 r. o sygn. akt KIO 2819/20 – wydane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), lecz pozostające aktualne oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 27 października 2023 r. o sygn. akt KIO 3017/23 oraz z dnia 10 października 2024 r. o sygn. akt KIO 3376/24). Ze wszystkich powyższych orzeczeń wynika zbieżny wniosek, który skład orzekający w tej sprawie podziela, tj. że w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oświadczenia lub dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp muszą potwierdzać stan nie późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków, co wynika z treści art. 405 ust. 5 ustawy Pzp.

Należy oczywiście zaznaczyć, że to nie data wystawienia dokumentu mającego potwierdzać brak podstaw wykluczenia ma tu zasadnicze znaczenie, lecz okoliczność na jaki moment dokument ten potwierdza istnienie określonego stanu faktycznego. Izba wskazuje, iż ustawodawca wymaga potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie zatem bez znaczenia, jeśli z treści dokumentu wynikać będzie, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie później niż na dzień

składania wniosków. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 27 marca 2019 r. o sygn. akt KIO 420/19 „(...) sama data wystawienia dokumentu bądź oświadczenia, jest wtórna, wobec wymagań, które ustawodawca stawia dla określonej treści dowodów. Istotnym jest, aby przedłożone dowody, w sposób prawidłowy, potwierdzały niekaralność w dacie nie późniejszej niż wyznaczony przez zamawiającego dzień składania wniosków w postępowaniu, przy zachowaniu wymogów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów (...)”. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że w niniejszej sprawie uzupełnienie dotyczyło zaświadczenia z KRK, który jest dokumentem specyficznym, gdyż potwierdza określony stan na dzień jego wydania. W przypadku tego rodzaju dokumentu data jego wystawienia nie mogła być późniejsza niż dzień składania wniosków, z uwagi na fakt, że zaświadczenie to zawsze potwierdza stan na dzień jego wystawienia i nie obejmuje zdarzeń historycznych, takich jak zatarcie skazania. Z zaświadczenia wydanego w danym dniu nie wynika, że osoba nie figurowała w rejestrze na określony dzień przypadający przed wystawieniem tego zaświadczenia (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 31 stycznia 2018 r. o sygn. akt KIO 109/18; z dnia 27 lutego 2018 r. o sygn. akt KIO 258/18 i KIO 263/18; z dnia 27 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 410/18, KIO 449/18 i KIO 471/18; z dnia 27 marca 2019 r. o sygn. akt KIO 420/19 oraz z dnia 26 listopada 2020 r. o sygn. akt KIO 2819/20). Dodatkowo należy wskazać, że w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów mowa jest o informacji z KRK „sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem”, natomiast § 11, który reguluje odrębności w zakresie postępowań z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, w odniesieniu do informacji z KRK posługuje się określeniem „wystawiane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” (vide: § 11 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Wydaje się więc, że różne uregulowanie tej kwestii także w wyżej wymienionym rozporządzeniu było zabiegiem celowym mającym oparcie w intencji ustawodawcy takiego uregulowania dla postępowań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2024 r. o sygn. akt 3376/24). Tym samym zasadne jest przyjęcie, że w sytuacji, w której przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca nie uzyska zaświadczenia z KRK, nie będzie możliwym następcze potwierdzenie braku karalności danej osoby z datą wsteczną. Innymi słowy, jeśli wykonawca w postępowaniu z dziedziny obronności i bezpieczeństwa nie dysponował zaświadczeniem z KRK przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów nie będzie możliwym potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponadto Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego co do zasadności weryfikowania sytuacji podmiotowej na podstawie dowodów obrazujących stan aktualny na dzień ich złożenia także w zamówieniach obronnych stanowić mogą co najwyżej postulaty *de lege ferenda*, nie znajdują one bowiem żadnego oparcia w świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, które jednoznacznie wskazują, że badaniu podlegać ma stan istniejący nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (ofert).

Reasumując, w ocenie składu orzekającego analiza powyższych przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów prowadzi do wniosku, że w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, dokumenty składane przez wykonawców m.in. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania muszą potwierdzać stan nie późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków, co wynika wprost z treści art. 405 ust. 5 ustawy Pzp.

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, złożone przez Odwołującego informacje z KRK dla GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – wspólnika JSCP S., N. sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz dla Pana M.B. – Prokurenta samoistnego GARMENTS PRO sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, wystawione 19 grudnia 2024 r., a zatem po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie potwierdzały braku podstaw do wykluczenia w dacie określonej przepisami dla postępowań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała za prawidłową decyzję Zamawiającego o odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że złożone przez niego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zaświadczenia z KRK, wystawione później niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie wykazywały w sposób prawidłowy braku podstaw wykluczenia według stanu istniejącego nie później niż na dzień składania wniosków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 5 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....