

WYROK
z dnia 6 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2023 r. przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin**

orzeka:

1. **Uwzględni** odwołanie w całości, **i nakazuje Zamawiającemu:** Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin **unieważnienie czynności z 09.11.2023 r. (przesłany 10.11.2023 r.) wykluczenia Odwołującego: Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa z postępowania o udzielenie zamówienia oraz czynności odrzucenia wniosku Odwołującego: Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownego badania i oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego: Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, wobec potwierdzenia się zarzutów odwołania.**
 2. Kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin**
 - 2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie, ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin** rzecz **Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej dla zadania „Budowa trzech budynków sztabowo-koszarowych w m. Biała Podlaska” wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (numer sprawy: 4.004/23/PO/WIB), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.05.2023 r. pod nr 2023/S 103 - 323423 przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin** zwanej dalej: „**Zamawiającym**”. Do ww. postępowania o udzielenie

zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „Pzp” albo „ustawa Pzp”.

W dniu 10.11.2023 r. (e-mail) /pismo z 09.11.2023 r./ Zamawiający poinformował o odrzuconiu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Firm: 1) PORR S.A. - Lider Konsorcjum; 2) MAAT4 Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum PORR” albo „Odwołującym”. Stwierdził: „(...) Wykonawca: Konsorcjum firm: LIDER - PORR SA, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, PARTNER - MAAT4 Sp. z o.o. ul. Popularna 4/6, 02- 473 Warszawa, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu zarejestrowany w kancelarii jawnej Zamawiającego pod nr 7519/23 w dniu 30.06.2023 r. o godz. 10:20, tj.: w terminie wyznaczonym na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. W toku badania podmiotowych środków dowodowych, dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z wnioskiem, Zamawiający - w trybie art. 128 ust. 1 w powiązaniu z ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp” oraz w związku z postanowieniem pkt XVIII lit. D pkt 2) ppkt 4, 5, 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wezwał Wykonawcę m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w tym m.in.: Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, potwierdzającej, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp - pismem zarejestrowanym w kancelarii jawnej Zamawiającego nr 7140/23 z dnia 19.09.2023 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej (e-mail) oraz operatora pocztowego (Poczta Polska). Wykonawca: Konsorcjum firm: LIDER - PORR S.A., PARTNER - MAAT4 Sp. z o. o., nie złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp - dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa. Jednocześnie, Zamawiający pouczył Wykonawcę, że w przypadku, gdy podmiot nie podlega wpisowi do określonego odrębnymi przepisami prawa rejestru (tu: ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu), winien złożyć stosowne oświadczenie własne w przedmiotowym zakresie - ze wskazaniem podstawy prawnej sankcjonującej brak wpisu. Ponadto, w/w pismo nr 7140/23 z dnia 19.09.2023 r. zawierało pouczenie, że zgodnie z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp: „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 (...), tj.: na dzień 03.07.2023 r. Ponadto, zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt XVIII lit, E SWZ: „Z treści załączonych dokumentów oraz oświadczeń musi jednoznacznie wynikać, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania” oraz zgodnie z postanowieniami pkt XXI ppkt 1) ppkt 3) SWZ w powiązaniu z pkt XVIII lit. A tiret czwarty SWZ: „każdy z przedsiębiorców wchodzących w skład spółki cywilnej lub konsorcjum musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 ustawy Pzp i art. 405 ust. 2 pkt 5) (art. 109 ust 1 pkt. 1) i 4)) ustawy Pzp w związku z czym: „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tzn. wchodzący w skład spółki cywilnej lub konsorcjum), zgodnie z zasadami określonymi w pkt XXISWZ, każdy z nich oddzielnie składa: (...) - Dokumenty określone w pkt XVIII lit. D ppkt 2) ppkt 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11 SWZ.” W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym terminie, Wykonawca złożył Informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa - wystawiona na dzień 08.09.2023 r. tj.: po terminie wyznaczonym na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W świetle zatem art. 405 ust. 5 ustawy Pzp. zgodnie z którym: „(...) podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia. (...) nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...), Wykonawca poprzez złożenie przedmiotowego dokumentu wystawionego na dzień 08.09.2023 r. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu tj.: na dzień 03.07.2023 r. W związku zatem z powyższym, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nr 7519/23, złożony przez Wykonawcę: Konsorcjum firm: LIDER - PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, PARTNER - MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa - podlega odrzuceniu na podstawie: 1) art 146 ust. 1 pkt 2) lit a) w związku z art. 405 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - jako wniosek złożony przez Wykonawcę, podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w związku ze złożeniem podmiotowego środka dowodowego, który nie potwierdza braku podstaw wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz 2) - na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. c) w związku z art. 405 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - jako wniosek złożony przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia z postępowania - w związku ze złożeniem podmiotowego środka dowodowego, który nie potwierdza braku podstaw wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie prawne: art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. a) i c) w związku z art 405 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.) - „Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli (...) został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia” oraz „Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli (...) został złożony przez wykonawcę, 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 (...)” oraz w związku z tym, że: „Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)”.

Dnia 17.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 10.11.2023 r. /pismo z 09.11.2023 r./ złożyło Konsorcjum PORR.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. art. 108 ust. 2 Pzp i art. 405 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 2 Pzp z uwagi na przedłożenie w odniesieniu do Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) podmiotowego środka dowodowego w postaci Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 08.09.2023r. pomimo, że na podstawie ww. Informacji nie można przypisać Partnerowi Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) zachowania polegającego na udaremnianiu lub utrudnianiu stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. art. 128 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 405 ust. 4 i 5 Pzp oraz art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 3 zw. z § 11 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2023r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415 ze zm.) poprzez błędne uznanie, że wniosek Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania z uwagi na przedłożenie w odniesieniu do Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 08.09.2023r. pomimo, że podmiotowy środek dowodowy przedkładany na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 2 Pzp, był aktualny na dzień jego złożenia oraz nie został wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 3) art. 411 ust. 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu pomimo, że Odwołujący złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W imieniu Odwołującego wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny wniosków (z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego);
- 4) zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Zamawiający wyznaczył termin składania wniosków na dzień 3.07.2023r. Odwołujący dnia 30.06.2023r. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który został zarejestrowany w kancelarii jawnej Zamawiającego pod numerem 7519/23. Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył Informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie art. 108 ust. 2 Pzp dotyczącą Lidera Konsorcjum (PORR S.A). W związku z tym Zamawiający w trakcie badania i oceny wniosków wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp do przedłożenia Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie art. 108 ust. 2 Pzp sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) (pkt 1 lit. b) wezwania z 19.09.2023r.). Odwołujący w wykonaniu ww. wezwania przedłożył Informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dotyczącą Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) z 08.09.2023r., tj. wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Następnie Zamawiający w piśmie z 09.11.2023r. poinformował o odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) Pzp w zw. z art. 405 ust. 5 Pzp, z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego, Odwołujący:

- podlega wykluczeniu z postępowania; Zamawiający w Uzasadnieniu prawnym (str. 7 pisma z 09.11.2023r.) wskazał bowiem, że „Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli (...) został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia”;
- nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania; Zamawiający w Uzasadnieniu prawnym (str. 7 pisma z 09.11.2023r.) wskazał, że „Zamawiający odrzuca

wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli (...) został złożony przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń (...);

- podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. dzień 03.07.2023r.; Zamawiający w Uzasadnieniu prawnym (str. 7 pisma z 09.11.2023r.) wskazał, że „Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 oraz podmiotowe środki dowodowe potwierdzają brak podstaw do wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)”.

Przedstawione przez Zamawiającego podstawy odrzucenia wniosku Odwołującego dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie mają żadnego odzwierciedlenia w dokumentach przedłożonych przez Odwołującego oraz zostały sformułowane w oparciu o błędną wykładnię art. 128 ust. 1 i 2 oraz art. 405 ust. 4 i 5 Pzp.

Zamawiający uznał bowiem, że zachodzi wobec Odwołującego podstawa wykluczenia z postępowania opisana w art. 108 ust. 2 Pzp jedynie z uwagi na przedłożenie (na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp) Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dotyczącej Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) z datą 08.09.2023r., tj. wystawionej po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Natomiast z treści tej Informacji w żaden sposób nie wynika, że w dacie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dzień 03.07.2023 r.) albo w dacie uzupełniania ww. środka dowodowego na wezwanie Zamawiającego, Partnerowi Konsorcjum można byłoby przypisać zachowania polegające na udaremnianiu lub utrudnianiu stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego.

Wprost przeciwnie na podstawie Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych przedłożonych w toku postępowania przez Odwołującego można stwierdzić, że Odwołujący (tj. Lider Konsorcjum i Partner Konsorcjum) nie należą do podmiotów, które udaremniały lub utrudniały stwierdzenie przestępstwa pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego.

W związku z tym Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że w stosunku do Odwołującego wystąpiła podstawa do wykluczenia z przetargu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 401 ust. 1 i art. 108 ust. 2 Pzp.

Z samego faktu niezłączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ww. Informacji dotyczącej Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) nie można bowiem wywieść, że w stosunku do Odwołującego występują przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 2 Pzp, tj. na tej podstawie nie można przypisać Partnerowi Konsorcjum zachowania polegającego na udaremnianiu lub utrudnianiu stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego. Zamawiający nie był zatem uprawniony do odrzucenia wniosku Odwołującego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Jednocześnie nie zmaterializowały się przesłanki odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu określone w art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę 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.

Odwołujący złożył bowiem:

1) oświadczenia Wykonawcy (odrębnie Lidera i Partnera Konsorcjum), o których mowa w art. 125 ust.1 Pzp potwierdzające m.in. brak podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie: (i) art. 405 ust. 1 Pzp oraz (ii) art. 405 ust. 2 pkt 5) (art. 109 ust. 1 pkt 1) i 4) Pzp - zgodnie ze wzorem załączonym do SWZ – jako załączniki do wniosku (rozdział XVIII lit. D pkt 1 SWZ),

2) podmiotowe środki dowodowe w zakresie braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 2 Pzp w postaci Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych - jako załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: (i) w przypadku Lidera Konsorcjum (PORR S.A.) oraz (ii) w odniesieniu do Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) w ramach postępowania sanacyjnego przeprowadzonego przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp (rozdział XVIII lit. D pkt 2) ppkt 5 SWZ).

Przedłożona Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dotycząca Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) nie została przy tym wystawiona wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i była aktualna w dacie uzupełniania ww. podmiotowego środka dowodowego. W związku z tym wniosek Odwołującego nie podlega odrzuceniu również na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

W myśl art. 405 ust. 5 Pzp, 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.

Natomiast zgodnie z art. 128 ust. 2 Pzp, wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym

mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, aktualne na dzień ich złożenia.

Przepisy art. 128 ust. 1 i ust. 2 Pzp znajdują w pełni zastosowanie w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 395 ust. 1 lit. a) Pzp, który zawiera katalog przepisów działu II wyłączonych w odniesieniu do tej kategorii zamówień, nie wymienia bowiem art. 128 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

Jednocześnie zgodnie ze wskazówką interpretacyjną zawartą w tym przepisie (tj. art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp) przepisy działu II, w tym art. 128 Pzp, mają zastosowanie chyba, że przepisy działu VI (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) stanowią inaczej.

Zamawiający uznał, że przepisem szczególnym jest w tym przypadku art. 405 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym JEDZ 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.

Jednakże Zamawiający błędnie przenosi wymaganie zawarte w art. 405 ust. 5 Pzp na postępowanie sanacyjne w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp.

Zgodnie bowiem z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „zakres znaczeniowy art. 128 ust. 2 i art. 405 ust. 5 ustawy Pzp nie jest identyczny, co oznacza, że nie odnoszą się one do takich samych sytuacji prawnych. Przepis art. 128 ust. 2 ustawy Pzp mówi o aktualności uzupełnianych podmiotowych środków dowodowych złożonych na wezwanie Zamawiającego na dzień ich złożenia, podczas gdy przepis art. 405 ust. 5 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji potwierdzania przez podmiotowe środki dowodowe złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, braku podstaw wykluczenia nie później niż na dzień złożenia tego wniosku” (wyrok KIO z 10.11.2021r.; sygn. akt: KIO 3049/21).

Powyższe oznacza, że Odwołujący w sposób prawidłowy dokonał w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych Partnera Konsorcjum (MAAT4 Spz o.o.). Przedłożony podmiotowy środek dowodowy nie został bowiem wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i był aktualny na dzień jego złożenia.

W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył art. 411 ust. 10 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty pomimo, że Odwołujący złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zamawiający w dniu 21.11.2023 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 521 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Odwołujący którego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został odrzucony, w wypadku uwzględnienia odwołania ma szanse na uzyskanie zamówienia, a ściśle ma szanse na zaproszenie do złożenia oferty.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, jak i papierowej, w tym w szczególności treści Ogłoszenia o zamówieniu, postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, Informacja z otwarcia wniosków z dnia 03.07.2023 r., wniosku z 28.06.2023 r. Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu /złożonego 30.06.2023 r./, informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie art. 108 ust. 2 Pzp dotyczącego Lidera Konsorcjum (PORR S.A.) z 29.06.2023 r., wezwania z 19.09.2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego do przedłożenia m.in. Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie art. 108 ust. 2 Pzp sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) (pkt 1 lit. b), Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dotyczącej Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) z 08.09.2023 r. oraz protokołu z prac komisji przetargowej w zakresie: - badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; - zaproszenia do składania ofert, jak i informacji z 09.11.2023 r. /przesłanej 10.11.2023 r./ o odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. art. 108 ust. 2 Pzp i art. 405 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 2 Pzp z uwagi na przedłożenie w odniesieniu do Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) podmiotowego środka dowodowego w postaci Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 08.09.2023r. pomimo, że na podstawie ww. Informacji nie można przypisać Partnerowi Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) zachowania polegającego na udaremnianiu lub utrudnianiu stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. art. 128 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 405 ust. 4 i 5 Pzp oraz art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 3 zw. z § 11 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2023r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415 ze zm.) poprzez błędne uznanie, że wniosek Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania z uwagi na przedłożenie w odniesieniu do Partnera Konsorcjum (MAAT4 Sp. z o.o.) podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 08.09.2023r. pomimo, że podmiotowy środek dowodowy przedkładany na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 2 Pzp, był aktualny na dzień jego złożenia oraz nie został wystawiony wcześniej niż 3 miesiąca przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

3) art. 411 ust. 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu pomimo, że Odwołujący złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu. Nie było sporu co do stanu faktycznego, ale jego oceny w kontekście czynności i zaniechań Zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie art. 410 ust.1 w związku z art. 411 ustawy Pzp w trybie przetargu ograniczonego o wartości przekraczającej progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 2 ustawy Pzp na wykonanie robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej dla zadania „Budowa trzech budynków sztabowo-koszarowych w m. Biała Podlaska” wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.05.2023 r. pod nr 2023/S 103-323423, treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SWZ) zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego() będącej równocześnie stroną prowadzonego postępowania od dnia publikacji w/w ogłoszenia tj.: od dnia 31.05.2023 r., Zamawiający wyznaczył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień 03.07.2023 r. do godz. 12:00.

Odwołujący: Konsorcjum firm: LIDER - PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, PARTNER - MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu zarejestrowany w dniu 30.06.2023 r. o godz. 10:20, tj.: w terminie wyznaczonym na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W toku badania podmiotowych środków dowodowych, dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z wnioskiem, Zamawiający - w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp oraz w związku z postanowieniem pkt XVIII lit. D pkt 2) ppkt 4, 5, 6 SWZ, wezwał Wykonawcę m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w tym m.in.: Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, potwierdzającej, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp - pismem z 19.09. 2023 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej na wskazany we wniosku adres e-mail oraz operatora pocztowego (Poczta Polska).

Wskazał, iż Wykonawca: Konsorcjum firm: LIDER - PORR S.A., PARTNER - MAAT4 Sp. z o. o., nie złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp - dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa. Jednocześnie w piśmie z dnia 19.09.2023 r. Zamawiający pouczył Wykonawcę, że w przypadku, gdy podmiot nie podlega wpisowi do określonego odrębnymi przepisami prawa rejestru (tu: ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu), winien złożyć stosowne oświadczenie własne w przedmiotowym zakresie - ze wskazaniem podstawy prawnej sankcjonującej brak wpisu. Ponadto, w/w pismo nr 7140/23 z dnia 19.09.2023 r. zawierało pouczenie, że zgodnie z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp: „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 (...)” tj.: na dzień 03.07.2023 r. Nadto, pouczenia dodatkowe, że: Zgodnie z treścią art. 128 ust.1 (...): „Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie (...) aktualne na dzień ich złożenia”. Ponadto, zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt XVIII lit. E SWZ: „Treści załączonych dokumentów oraz oświadczeń musi jednoznacznie wynikać, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania” oraz zgodnie z postanowieniami pkt XXI ppkt 1) ppkt 3) SWZ w powiązaniu z pkt XVIII lit. A tiret czwarty SWZ: każdy z przedsiębiorców wchodzących w skład spółki cywilnej lub konsorcjum musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 405 ust 1 ustawy Pzp i art. 405 ust. 2 pkt 5) (art. 109 ust. 1 pkt. 1) i 4)) ustawy Pzp (...), w związku z czym: „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tzn. wchodzący w skład spółki cywilnej lub konsorcjum), zgodnie z zasadami określonymi w pkt XXI SWZ, każdy z nich oddzielnieskłada: (...) - Dokumenty określone w pkt XVIII lit D ppkt 2) ppkt 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11 swz”.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu stwierdził: „(...) Zgodnie z treścią art. 405 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się Wykonawców, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp, przy czym, w związku z tym, że Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o wartości szacunkowej przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych - 20 000 000 euro, zastosowanie ma również podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.

Na podstawie § 2 ust. 1 pkt 3) w zw. z § 11 ust. 1 pkt 5) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), jedynym podmiotowym środkiem dowodowym na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie określonym art. 108 ust. 2 ustawy Pzp jest informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzona nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przedmiotowa regulacja zawarta w § 11 w/w powołanego rozporządzenia jest wprost powiązana z brzmieniem art. 405 ust. 5 ustawy Pzp - w związku z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - na mocy którego: „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”. Powyższe zostało również wprost wskazane przez Zamawiającego w wykazie oświadczeń i dokumentów, w tym wykazie podmiotowych środków dowodowych składanych przez Wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału oraz braku podstaw do wykluczenia zawartym w pkt XVIII lit. D ppkt 2) ppkt 5 SWZ - w związku z pkt XVIII lit. A tiret czwarte oraz pkt XXI ppkt 1) ppkt 3) SWZ (w zakresie informacji o zasadach spełnienia warunków udziału i braku podstaw wykluczenia dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

W przypadku Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych do dokonania wpisu w tym rejestrze i jego aktualizacji obowiązane są m.in. spółki jawne, spółki komandytowe, spółki komandytowo-akcyjne, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, proste spółki akcyjne, spółki akcyjne z wyjątkiem spółek publicznych - na podstawie art. 58 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. W/powołany rejestr jest systemem o charakterze publicznym, w którym gromadzone i przetwarzane są informacje o beneficjentach rzeczywistych, tj.: osobach fizycznych sprawujących bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad spółką, w celu uniemożliwienia ukrywania tożsamości tychże osób fizycznych w skomplikowanych strukturach korporacyjnych spółek w związku z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy o finansowaniu terroryzmu. Ponadto, w związku z publicznym charakterem system ten posiada funkcjonalność samodzielnego wprowadzenia danych podmiotu (NIP) i wskazania przedziału czasowego lub konkretnej daty w celu uzyskania wymaganej informacji.

3/ Zamawiający podkreślił, w świetle powyższych regulacji, iż zarówno przed terminem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, jak i dopiero w wykonaniu wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca miał możliwość pozyskania samodzielnie wymaganej informacji, aktualnej w żądanym przez Zamawiającego terminie, tj. najpóźniej na dzień składania wniosków. Brak pozyskania informacji najpóźniej na dzień

03.07.2023 r. wskazuje wprost na niedopełnienie przez Wykonawcę - Partnera konsorcjum należytej staranności w trakcie udziału w przedmiotowym postępowaniu. Uwzględniając bowiem przepis art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, Zamawiający może, a nawet powinien wymagać od podmiotów gospodarczych realizujących zamówienia publiczne, staranności surowszej od ogólnie wymaganej, podwyższonych standardów w zakresie wiedzy, doświadczenia zawodowego, znajomości przepisów prawa i następstw z niej wynikających, rzetelności, świadomości i zaangażowania, jednym słowem - profesjonalizmu na najwyższym poziomie.

Zamawiającego, jako jednostkę sektora finansów publicznych podległą Ministrowi Obrony Narodowej i realizującą zadania w zakresie infrastruktury wojskowej w związku z zabezpieczeniem działalności Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a zatem w zakresie obronności i bezpieczeństwa państwa wiążą nie tylko przepisy ustawy o finansach publicznych w zakresie rzetelności i gospodarności w zarządzaniu powierzonymi środkami finansowymi, ale i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które nakazują prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i proporcjonalny, w szczególności zaś zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.

4/ Zgodnie z treścią art. 405 Pzp do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia do oferty, Wykonawcy dołączają oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe. Za pomocą powyższych dokumentów - co wprost literalnie i jednoznacznie wynika z art. 405 ust. 5 Pzp, Wykonawcy obowiązani są potwierdzić brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia - nie później niż na dzień składania ofert. W świetle zatem w/powołanego przepisu ustawy Pzp Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podlega szczególnej procedurze, odmiennej od zasad ogólnych przyjętych dla zamówień klasycznych, gdyż moment wykazania braku podstaw do wykluczenia został określony inaczej.

Dopuszczalna w zamówieniach klasycznych zasada, iż Wykonawca wykazuje brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert/wniosków w oświadczeniu wstępnym zawartym w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ), a dokumenty składane na dalszym etapie przez tego Wykonawcę, którego oceniono najwyżej, wykazują stan na dzień ich złożenia, wynika z brzmienia art. 125 ust. 2-3 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Odmienne regulacje obowiązują w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W takim postępowaniu nie ma wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i braku podstaw do wykluczenia, w związku z czym weryfikacja podmiotowa wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia następuje na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu. W związku z art. 395 ust. 1 lit. a) ustawy Pzp oraz faktem, że przepisy Działu VI w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie zawierają odrębnych uregulowań dotyczących uzupełnienia braków i błędów w zakresie dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastosowanie do powyższych czynności mają przepisy Działu II tj.: art. 128 ustawy Pzp. W związku z powyższym, jako podstawę prawną czynności Zamawiającego w zakresie wzywania Wykonawców do złożenia, uzupełnienia, poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń lub do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych oświadczeń, dokumentów i podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający stosuje art. 128 ust. 1-6 ustawy Pzp. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w treści wezwań zawierających równocześnie pouczenie z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp w brzmieniu: „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 tj.: na dzień 03.07.2023 r.”, jak również pouczenie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu: „Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie (...) aktualne na dzień ich złożenia.” W ocenie Zamawiającego oba w/powołane przepisy ustawy Pzp nie stoją ze sobą w sprzeczności, bo ich zakres znaczeniowy jest inny i odnoszą się do różnych sytuacji prawnych.

5/ Wykonawca, który składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie wykazał wszystkich podstaw do wykluczenia z postępowania za pomocą wymaganych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ oświadczeń i/lub dokumentów, w tym podmiotowych środków dowodowych, wezwany do uzupełnienia braków na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawienia takich oświadczeń i /lub dokumentów, w tym podmiotowych środków dowodowych, które wykażą, że na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zachodziły wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania. Aktualność, o której mowa w art. 128 ust. 2 ustawy Pzp uzupełnianych na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych musi być skorelowana z wymaganiami wynikającymi z treści art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, który wymaga, aby ocena podmiotowa wszystkich Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie została dokonana na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w odniesieniu do niniejszej sprawy na dzień 03.07.2023 r.

Zatem przystępując do postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego Wykonawcy muszą dysponować podmiotowymi środkami dowodowymi, by skutecznie wykazać spełnienie warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Aktualność zaś należy rozumieć jako utrzymywanie

stanu spełniania warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia przez cały bieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co Wykonawca - uczestnik w/w postępowania potwierdza własnoręcznym podpisem za zgodność z oryginałem na dzień przekazywania Zamawiającemu wymaganych podmiotowych środków dowodowych - w wykonaniu wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W związku bowiem z § 9 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (t.j. Dz. U z 2020 r., poz. 2452) oraz na podstawie pkt XXII SWZ, w przypadku podmiotowych środków dowodowych sporządzonych w postaci papierowej, przekazuje się je w oryginale lub jako kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem, zaś poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio, Wykonawca, Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby (...) - w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą. W tym miejscu należy również wskazać, iż art. 395 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp zawiera wskazówkę interpretacyjną, że przepisy Działu II mają zastosowanie, chyba, że przepisy Działu VI (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) stanowią inaczej.

6/ W świetle powyższego, skoro jedyny dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, tj.: informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, nie został złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj.: najpóźniej na dzień 03.07.2023 r., a złożony na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zawierał datę późniejszą niż termin wyznaczony na składanie wniosków tj.: 08.09.2023 r., Zamawiający nie był w stanie przeprowadzić prawidłowej i zapewniającej równe traktowanie Wykonawców weryfikacji podmiotowej Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum firm: LIDER - PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, PARTNER - MAAT4 Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa. Z tego też względu Zamawiający odrzucił wniosek na podstawie: art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. a) w związku z art. 405 ust. 5 Pzp oraz na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. c) w związku z art. 405 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający nadto nadmieniał, że wskazując uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia w/w wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zakwestionował samej treści informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z daty ich sporządzenia tj.: 08.09.2023 r., a wprost wskazał na okoliczność nie potwierdzenia braku podstawy wykluczenia najpóźniej w dacie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj.: na dzień 03.07.2023 r.

Zdaniem Zamawiającego inna interpretacja stanu faktycznego prowadziłyby do obejścia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 405 ust. 5 ustawy Pzp, którego treść jest jednoznaczna, obejścia przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a w szczególności naruszałaby naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp tj.: przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Po stronie Wykonawcy jako uczestnika procesu udzielenia zamówienia publicznego pozostaje dochowanie należytej staranności w wykazaniu, a nie uprawdopodobnieniu braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a przyjęcie odmiennych reguł wykazywania tych okoliczności wobec różnych Wykonawców stanowiłoby nierówne traktowanie Wykonawców.

7i Zamawiający stanowczo sprzeciwia się działaniom Odwołującego, który w sposób swobodny i wybiórczy łączy określoną w różnych podstawach prawnych ważność podmiotowego środka dowodowego wystawionego na dzień 08.09.2023 r.t a więc po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący, przedstawiając dokument jako aktualny na dzień wezwania i wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosków, pomija całkowicie brzmienie art. 405 ust. 5 Pzp, w którym ustawodawca wprost wskazuje Zamawiającemu moment dokonania czynności badania braku podstaw do wykluczenia Wykonawców z postępowania.

W ocenie Zamawiającego przyjęcie stanowiska Odwołującego mogłoby prowadzić nie tylko do naruszenia przepisów Pzp, ale również niebezpieczeństwa dowolnego kształtowania przez Wykonawców momentu badania podmiotowego Wykonawców, gdyż to Wykonawca decydowałby czy i jaki dokument złoży wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a z którym poczeka na wezwanie Zamawiającego i złoży podmiotowy środek dowodowy aktualny na dzień złożenia, odbierając Zamawiającemu możliwość równego traktowania Wykonawców i przeprowadzenia badania i oceny spełnienia warunków i braku podstaw wykluczenia na dzień składania wniosków-zgodnie z intencją ustawodawcy. Skoro jako aktualny na dzień złożenia podmiotowy środek dowodowy w postaci informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych może zostać złożony 2 miesiące po terminie wyznaczonym na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w ocenie Odwołującego czynność uprawdopodobnia istnienie braku podstaw wykluczenia z postępowania, to poprzez analogię informacja z Krajowego Rejestru Karnego również mogłaby zostać złożona dopiero na wezwanie Zamawiającego 2 miesiące po terminie składania wniosków i być aktualna i ważna, bowiem np. w ciągu tych dwóch miesięcy mogłoby nastąpić zatarcie skazania. Pozostawienie Wykonawcy swobody w zakresie decyzji, czy podmiotowy środek dowodowy złożyć wraz z wnioskiem czy dopiero na wezwanie mogłoby prowadzić do niezgodnego z przepisami Pzp usankcjonowania subiektywnej gradacji ważności podmiotowych środków

dowodowych jednych nad drugimi i naruszenia zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania Wykonawców.

8/ Zamawiający na podstawie art. 411 ust. 10 w zw. z art. 411 ust. 9 ustawy Pzp oraz zgodnie z postanowieniami pkt IV ppkt 1 ppkt 1) i 2) SWZ, zaprosił jednocześnie do składania ofert wszystkich Wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu - w związku z tym, że Zamawiający nie wskazał w Ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert oraz nie wskazał maksymalnej liczby Wykonawców, których zaprosi do składania ofert. (...)

Szczegółowa analiza okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż działania Zamawiającego były prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy Pzp. Wyłącznie przez zaniechanie po stronie Odwołującego złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentu potwierdzającego najpóźniej na dzień 03.07.2023 r. brak podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, tj.: informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla Partnera konsorcjum: MAAT4 Spz o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, a następnie złożenie na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, dokumentu zawierającego datę późniejszą niż termin wyznaczony na składanie wniosków, Zamawiający nie miał możliwości podjęcia innych działań niż wyłącznie zmierzających do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego.

Wskazał, iż w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o zasadności jego roszczeń. Stosownie do postanowień art. 534 ustawy Pzp, na Odwołującym w niniejszej sprawie spoczywał ciężar dowodu. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na istnienie przytoczonych w Odwołaniu okoliczności, zaś Zamawiający nie uznaje odwołania ani też nie przyznaje prawdziwości faktów stosownie do treści art. 533 ustawy Pzp.”.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

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

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 2 Pzp z uwagi na przedłożenie dla Partnera Konsorcjum MAAT4 Spz o.o. informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 08.09.2023 r., gdyż na podstawie tej informacji nie można uznać, że Partner Konsorcjum MAAT4 Sp. z o.o. udaremniał lub utrudniał stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywał ich pochodzenie w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego. Z treści tej informacji w żaden sposób nie wynika działanie Partnera Konsorcjum MAAT4 Sp. z o.o.takie jak w art. 108 ust.2 Pzp ani w dacie złożenia wniosku, ani w dacie uzupełnienia informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Wręcz przeciwnie z informacji wynika, że wszystkie wymagania w tym zakresie zostały spełnione i nie zaistniały przesłanki wynikające z ar. 108 ust.2 Pzp Wykonawca złożył oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 405 ust.1 Pzp, który odwołuje się do art. 108 ust.2 Pzp. Złożył też informacje z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla Lidera Konsorcjum wraz z wnioskiem oraz dla Partnera Konsorcjumw wyniku uzupełnienia. Jedynym kwestionowanym elementem była okoliczność, że informacja dla Partnera Konsorcjum ma datę po dacie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednakże nawet jeśli uznać, że zaistniały przesłanki z art. 146 ust.1 pkt 2 lit. c Pzp nie oznacza to, że zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 146 ust.1 pkt 2 lit. a Pzp. Niewątpliwie są to oddzielne podstawy do odrzucenia wniosku. Przesłanka z lit. a może mieć zastosowanie tylko jeśli rzeczywiście zaistniały przesłanki wynikające a art. 108 ust.2 Pzp, co nie miało miejsca (Zamawiający nie kwestionował informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, co do jego treści, pochodziła ona także z właściwego rejestru.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W tym zakresie konieczne jest zwrócenie uwagi na zawartość wezwania z 19.09.23 r., skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego, tj. na pouczenie. Zamawiający bowiem w wezwaniu odnoszącym się do złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. do przedłożenia informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie art. 108 ust. 2 Pzp sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - dla Partnera Konsorcjum MAAT4 Sp. z o.o.(pkt 1 lit. b) zawarł następujące pouczenie. Z jednej strony wskazał, że - Zgodnie z treścią art. 405 ust. 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 (...)", tj. na dzień 03.07.2023 r. Z drugiej stwierdził, że - Zgodnie z treścią art. 128 ust.1 (...): „Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie (...) aktualne na dzień ich złożenia”. Wynika więc z tego pouczenia niejednoznaczność informacji dla Odwołującego, którą można było zinterpretować odmiennie niż czynił to Zamawiający na

rozprawie. Pouczenie niniejsze mogło z uwagi na drugie zdanie odsyłające do podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie być uznane przez Odwołującego, za zezwalające na złożenie informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z uzupełnienia jako aktualne na dzień ich złożenia.

Izba uznała, że niejednoznaczność pouczenia, można uznać za wprowadzające w błąd co do intencji Zamawiającego. W konsekwencji, Izba uznała, że zaistniała niejednoznaczność, wprowadzająca w błąd Odwołującego nie może skutkować w negatywny sposób dla Odwołującego. Odwołujący bowiem złożył informacje z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych zgodną z pouczeniem odnoszącym się do art. 128 ust. 2 Pzp, tj. składania podmiotowych środków dowodowych na wezwanie, tzn. aktualną na dzień ich złożenia.

Izba podkreśla, że jej stanowisko wynika z zaistniałych okoliczności w przedmiotowym stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba uwzględniła także zarzut trzeci, z uwagi na jego wynikowy charakter wobec potwierdzenia się zarzutu pierwszego i drugiego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 20 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....