

Sygn. akt: KIO 1989/11

**WYROK**  
**z dnia 3 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo  
Marzena Teresa Ordysińska  
Marek Szafranec

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2011 r. przez

**Gildia Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Centrum Projektów Informatycznych**  
**Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji**  
**02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia Sp. z o.o., On Track Innovations Ltd, ASEC S.A., Trusted Information Consulting Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **WASKO S.A. 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,
- 2. kosztami postępowania obciąża **Gildia Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin** i:

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Gildia Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Administracji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie dialogu konkurencyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 9 listopada 2010 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

15 września 2011 r. Odwołujący – Gildia Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia nadmiernych wymagań dotyczących zdolności ochrony informacji niejawnych przy realizacji zamówienia,

2. art. 60 c ust. 1 i art. 48 ust. 2 pkt 6 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 70<sup>1</sup> § 3 kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który modyfikuje warunki udziału w postępowaniu zawarte w ogłoszeniu,

3. art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności, która zmierza do obejścia skutków czynności wykonanej zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej przez niedopuszczenie Odwołującego do złożenia oferty, pomimo przywrócenia go do postępowania na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz dopuszczenie dla warunku zawartego w punkcie IN.1 opisu przedmiotu zamówienia możliwości posłużenia się pełnomocnikiem lub podwykonawcą posiadającym świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie IN.1 w rozdziale 5.6 Opisu przedmiotu zamówienia „Wymagania dotyczące zarządzania informacją niejawną” zawarł następujący warunek: „Wykonawca w dniu zawarcia umowy musi posiadać ważne świadectwo

bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia wystawione przez właściwą służbę ochrony państwa, wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w Polsce na podstawie Ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. lub świadectwo wystawione przez właściwą służbę wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w państwie, z którym Rzeczpospolita Polska podpisała umowę międzynarodową o wzajemnym uznawaniu świadectw bezpieczeństwa przemysłowego”. Warunek ten został potwierdzony w piśmie Zamawiającego, zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców z 14 września 2011 r. Tym samym wymaganie w zakresie ochrony informacji niejawnych zostało rozszerzone w porównaniu z warunkami udziału w postępowaniu, gdzie wystarczające było, aby pełnomocnik wykonawcy posiadał ważne poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego (pkt III. 1.4) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu), co prowadzi do niedopuszczalnej zmiany warunków udziału w postępowaniu zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu. Poza tym zgodnie z art. 70<sup>1</sup> § 3 kodeksu cywilnego mającym zastosowanie w zakresie nieuregulowanym ustawą, co wynika z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, ogłoszenie, a także warunki aukcji albo przetargu mogą być zmienione tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści. Zaostrzenie wymagań w zakresie ochrony informacji niejawnych nie znajduje uzasadnienia w ustawie o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2011 r., ustawa ta nie zabrania bowiem zawierania umów związanych z dostępem do informacji niejawnych w stopniu wyższym niż „zastrzeżone” przez przedsiębiorców nieposiadających świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Wykonawca w celu realizacji umowy może dokonywać czynności związanych z ochroną informacji niejawnych poprzez pełnomocnika bądź podwykonawcę posiadającego świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego gwarantującego zdolność do ochrony informacji niejawnych, w szczególności na podstawie art. 42 ust. 3 oraz 54 ust. 9 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ponadto, zgodnie z art. 71 ustawy o ochronie informacji niejawnych, Zamawiający może żądać wprowadzenia do umowy instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego, definiującej sposób obsługi informacji niejawnych oraz zakres odpowiedzialności za ochronę informacji niejawnych. Prowadzi to do wniosku, że przedmiot zamówienia opisano w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie ma bowiem potrzeby, aby wymagać świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego bezpośrednio od wykonawcy, a wykonawca może uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez pełnomocnika, który posiada stosowne poświadczenie bezpieczeństwa. Prowadzi to do zawężenia kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu pośród wykonawców, których Zamawiający już dopuścił do udziału w dialogu konkurencyjnym jako spełniających warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający określając w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności wykonawcy do ochrony informacji niejawnych dopuścił możliwość korzystania w tym zakresie przez wykonawcę z pełnomocnika posiadającego stosowne poświadczenie. Takie rozumienie zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2011 r. w połączonych sprawach KIO 171/11 i KIO 172/11. Warunek zawarty w pkt. IN.1 opisu przedmiotu zamówienia nie odnosi się ani do

przedmiotu zamówienia, ani do sposobu jego realizacji. Dotyczy on sytuacji podmiotowej wykonawcy i jego zdolności do ochrony informacji niejawnych, a wymagania tego nie można potraktować jako okoliczności mającej wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający wyraźnie wskazał, że „Wykonawca w dniu zawarcia umowy musi posiadać ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia”, co prowadzi do wniosku, że wykonawca spełnia to wymaganie, nawet jeśli świadectwo to traci ważność następnego dnia po zawarciu umowy. Gdyby była to okoliczność istotna z punktu widzenia informacji, jakie będzie trzeba gromadzić oraz przetwarzać w toku realizacji zamówienia, wymaganie powinno zostać sformułowane w odmienny sposób.

Rozszerzenie wymagań w zakresie ochrony informacji niejawnych należy potraktować, jako dodanie kolejnego warunku udziału w postępowaniu. Prowadzi to do sytuacji, w której ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest dwukrotnie, przy czym drugi etap badania wniosków odbywa się w oparciu o kryteria nie zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zawarta w opisie przedmiotu zamówienia zmiana warunków udziału w postępowaniu prowadzi do ominięcia skutków przywoływanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba nakazała przywrócenie do udziału w postępowaniu Odwołującego, poprzez brak możliwości złożenia przez niego oferty. Skoro bowiem Odwołujący został przywrócony do postępowania jako spełniający warunki udziału w postępowaniu, w szczególności jako spełniający warunki w zakresie zdolności do ochrony informacji niejawnych, do wewnętrznej sprzeczności w czynnościach Zamawiającego prowadzi sytuacja, w której, z jednej strony Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie ochrony informacji niejawnych, z drugiej zaś, pomimo spełniania tych warunków, nie może złożyć oferty nie podlegającej odrzuceniu ze względu na brak wymaganego poziomu zdolności do ochrony informacji niejawnych. Zatem opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego zmierza *de facto* do wypaczenia czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej, tj. do przywrócenia Odwołującego do udziału w postępowaniu, a opis przedmiotu zamówienia zmierza faktycznie do dokonania powtórnej kwalifikacji złożonych przez wykonawców wniosków.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniosk o oddalenie odwołania stwierdzając, iż zdolność do ochrony informacji niejawnych wymagana jest powszechnie obowiązującymi przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Rozpoczynając postępowanie Zamawiający nie był pewien, czy w trakcie realizacji zamówienia takie informacje wystąpią, bowiem na etapie dialogu mógł dopuścić różne opcje włącznie z tą, że dostęp do informacji niejawnych nastąpi nie na etapie wykonywania blankietu, lecz personalizacji dowodu. Jednak po analizie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie zabezpieczeń blankietów trzeciego poziomu, stwierdził, iż

również wykonanie blankietów będzie wymagało dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajne. W ogłoszeniu z ostrożności wskazał możliwość wystąpienia informacji niejawnych. Stwierdził też, iż w ogłoszeniu nie musiał powtarzać przepisów powszechnie obowiązujących i bezwzględnie wiążących, natomiast po sprecyzowaniu przedmiotu zamówienia musiał je zawrzeć w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia.

Stwierdził, że, jego zdaniem, technicznie i organizacyjnie byłaby możliwa realizacja umowy przez wykonawcę nie posiadającego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, lecz jest to niezgodne z przepisami. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uniemożliwiają złożenia oferty, lecz Zamawiający nie mógłby z takim wykonawcą zawrzeć umowy. Zamawiający nie kwestionował zdolności Odwołującego do udziału w dialogu, gdyż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale Zamawiający nie wie, czy posiada on zdolność do ochrony informacji niejawnych i czy będzie mógł zawrzeć z nim umowę. W punkcie III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu ppkt 1. dotyczy udziału w postępowaniu i realizacji umowy, natomiast ppkt 2. dotyczy udziału w dialogu. W odpowiedzi z 14 września 2011 r. Zamawiający utrzymał wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych, odpowiedź ta została skonsultowana z ABW. Zmiany ogłoszenia o zamówieniu są uregulowane ustawą Prawo zamówień publicznych, zatem odwoływanie się do przepisów kodeksu cywilnego jest bezprzedmiotowe. Jego zdaniem posłużenie się pełnomocnikiem posiadającym świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego jest sprzeczne z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów oraz zaistniałych okoliczności) nie jest sporny.

W odniesieniu do podniesionych zarzutów Izba nie przyznała racji Odwołującemu.

W swojej argumentacji Odwołujący powołał się na punkt III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu „Inne szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia”, w którym w podpunkcie 1. Zamawiający wskazał: „Zamawiający informuje, że w toku przedmiotowego postępowania oraz w toku realizacji zawartej w jego wyniku umowy, wystąpią informacje niejawne w rozumieniu ustawy z dnia 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych.” W podpunkcie 2. Zamawiający wskazał zaś, że „wymaga, aby wykonawca lub jego pełnomocnik posiadał, ważne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia w rozumieniu art. 66 ust. 1 w związku z art. 66 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych lub oświadczył, iż przedłoży przedmiotowe świadectwo bezpieczeństwa najpóźniej w dniu rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego”. Zamawiający wymagał też (podpunkt 3.), aby każda z osób uczestniczących w imieniu wykonawcy w dialogu konkurencyjnym w zakresie określonym w punkcie 1. posiadała poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W punkcie 13.5. „Formalności dotyczące zawarcia umowy” specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w punkcie 5.6. opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł wymóg, zgodnie z którym „wykonawca w dniu zawarcia umowy musi posiadać ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia wystawione przez właściwą służbę ochrony państwa, wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w Polsce na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. lub świadectwo wystawione przez właściwą służbę wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w państwie, z którym Rzeczpospolita Polska podpisała umowę międzynarodową o wzajemnym uznawaniu świadectw bezpieczeństwa przemysłowego”.

Izba uznała taki wymóg za zgodny z przepisami prawa. Wbrew twierdzeniu Odwołującego zdolność do ochrony informacji niejawnych przez wykonawcę – i zachowania ustawowych wymogów w tym zakresie, nie jest kwestią, którą można pominąć jako nieistotną, lecz stanowi zasadniczą cechę przyszłego wykonawcy przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzoru umowy, co podkreślił też Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Consortia Sp. z o.o., On Track Innovations Ltd., ASEC S.A., Trusted Information Consulting Sp. z o.o., Zamawiający przewiduje wystąpienie informacji niejawnych m.in. w postaci załączników do umowy, zatem niemożliwe jest ukrycie ich treści przed stroną umowy – wykonawcą. Należy też zwrócić uwagę, że Odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił koncepcji realizacji umowy, w której byłby w stanie ją zrealizować bez dostępu do informacji niejawnych.

Jak wynika z art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228) warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych, która, w przypadku informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, musi być potwierdzona odpowiednim dokumentem – świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, wydawanym przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Wymóg ten nie dotyczy jedynie przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście, posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „poufne”.

Rozdział 9. ustawy o ochronie informacji niejawnych dopuszcza wprowadzenie pewnych odstępstw od tych wymogów, jednak z okoliczności faktycznych nie wynika, by miały one zostać zastosowane przy realizacji przedmiotowej umowy.

Zatem zasadą wynikającą z ustawy o ochronie informacji niejawnych jest, iż dostęp do informacji niejawnych może uzyskać jedynie podmiot posiadający poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego, a w przypadku osób fizycznych – poświadczenie bezpieczeństwa osobowego o odpowiedniej klauzuli. Ustawa o ochronie informacji niejawnych nie przewiduje możliwości realizacji obowiązku zapewnienia ochrony informacji niejawnych w zastępstwie zobowiązanego przedsiębiorcy przez podmiot trzeci, a, zdaniem Izby, ze względu na charakter zawartych tam regulacji, powinno być odpowiednie wskazanie w przepisie – analogicznie jak we wskazanym przez Odwoławczego przepisie art. 42 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Poza tym należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie zwalnia żadnego z tych podmiotów z obowiązku zapewnienia ochrony informacji niejawnych i, gdyby przepis ten zastosować analogicznie do przedsiębiorców (gdyż bezpośrednio dotyczy on organów władzy publicznej, na co wskazuje definicja jednostki organizacyjnej zawarta w art. 2 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych), również oznaczałoby to uzyskanie odpowiednich poświadczeń bezpieczeństwa.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych odnosi się co prawda do posiadania poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego przez podwykonawców (art. 54 ust. 6), ale nie zamiast wykonawców, lecz dodatkowo, jeśli oni także będą mieli dostęp do informacji niejawnych. Ustawa przewiduje też (art. 14) wyznaczenie pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych, lecz jedynie jako pracownika jednostki organizacyjnej, w której są przetwarzane informacje niejawne, odpowiadającego za zapewnienie przestrzegania przepisów o ochronie informacji niejawnych, a nie zastępującego posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa przez podmiot do tego zobowiązany.

Natomiast sporządzenie instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 71 ustawy o ochronie informacji niejawnych, jest obowiązkiem jednostki organizacyjnej (organu władzy publicznej), czyli Zamawiającego przy zawieraniu umowy związanej z dostępem do informacji publicznej. Jest ona dokumentem określającym szczegółowe wymagania



dotyczące ochrony informacji niejawnych, które zostaną przekazane przedsiębiorcy w związku z wykonywaniem umowy oraz skutki i zakres odpowiedzialności wykonawcy umowy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z ustawy, jak i z tej instrukcji i w żaden sposób nie zastępuje świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Chociaż przedmiotowy wymóg dotyczy przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w chwili zawarcia umowy, oczywiste jest, że w przypadku upływu okresu jego ważności w trakcie realizacji umowy, wykonawca będzie musiał takie świadectwo zaktualizować. Nawet jeśli Zamawiający nie wskazał tego jasno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi to argumentu potwierdzającego zezwolenie na brak tego świadectwa w ogóle.

W odniesieniu zaś do usytuowania przedmiotowego wymogu na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych i przebiegu niniejszej procedury dialogu konkurencyjnego, Izba również uznała, że nie ma przeszkód, by wymóg ten pojawił się dopiero na etapie zawarcia umowy.

Jest powszechnie przyjętą i akceptowaną praktyką, iż zamawiający nie muszą stawiać jako warunków udziału w postępowaniu wszystkich wymogów, jakie będą konieczne do realizacji umowy – oprócz polis ubezpieczeniowych czy środków finansowych przykładem mogą być tu uprawnienia budowlane, gdzie zamawiający, jeśli w ogóle żądają, to w warunkach udziału w postępowaniu ujmują najczęściej tylko inżynierów głównych specjalności, co nie oznacza, że czynności, do których jest wymagane posiadanie uprawnień budowlanych, będzie mogła wykonywać osoba nie posiadająca takich uprawnień w danej specjalności.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, punkt III.1.4) ppkt 1., zaznaczył, że w toku przedmiotowego postępowania oraz w toku realizacji zawartej w jego wyniku umowy wystąpią informacje niejawne w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych. Przez to, zdaniem Izby, wskazał, że wykonawcy powinni być przygotowani na konieczność okazania zarówno świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, jak i poświadczeń bezpieczeństwa osobowego dla pracowników, natomiast nie wymagając tego świadectwa na etapie wszczęcia postępowania, Zamawiający *de facto* działał na korzyść wykonawców dając im dodatkowy czas na uzyskanie tego świadectwa w trakcie trwania procedury (zgodnie z art. 59 ustawy o ochronie informacji niejawnych powinno to zająć do 6 miesięcy). Natomiast podpunkty 2. i 3. punktu III.1.4) oraz udzielane przez Zamawiającego odpowiedzi dotyczą etapu trwania samej procedury. Również wyrok w sprawach połączonych KIO 171/11 i KIO 172/11 odnosił się wyłącznie do wymogów Zamawiającego dotyczących etapu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dopuszczenia do dialogu i nie może być rozszerzany na okoliczności nim nie objęte.

Jeśli obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego usytuować by w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to odnosiłby się on do punktu 1., czyli uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, co do których przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania, a nie punktu 2. lub 3., czyli wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, więc również na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie można powołać się na potencjał podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Także porównanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego do certyfikatu ISO jest chybione, gdyż w przeciwieństwie do certyfikatu ISO, uzyskanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego nie jest dobrowolne, a za nieprzestrzeganie wymogów, także formalnych, związanych z ochroną informacji niejawnych, grożą konsekwencje o charakterze karnym.

Należy też zwrócić uwagę, że certyfikat ISO, jak i powołany przez Odwołującego § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wskazują na tzw. dokumenty przedmiotowe, czyli potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a więc nie odnoszące się do spełniania warunków udziału w postępowaniu, które tym samym nie są wskazywane w ogłoszeniu o zamówieniu – więc ten argument należałoby uznać raczej za wskazujący na poprawność niż wadę działań Zamawiającego, jakkolwiek w zasadzie trudno świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego zakwalifikować jako jeden z dokumentów, o którym mowa w tym przepisie.

Izba przyznaje też rację Zamawiającemu, że w związku z odmiennym uregulowaniem zasad postępowania w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie mają w tym przypadku zastosowania przepisy kodeksu cywilnego dotyczącego przetargu. Oprócz tego warto też zwrócić uwagę, iż Zamawiający w ogóle nie prowadzi procedury określonej jako „przetarg”.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła wskazanych przez Odwołującego naruszeń i orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....