

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**  
**Marek Koleśnikow**  
**Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2011 r. przez Gildia Sp. z o.o. w Lublinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Skarb Państwa – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. w Warszawie, On Track Innovations Ltd. w Rosh Pina, Izrael, ASEC S.A. w Krakowie i Trusted Information Consulting Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
  
2. kosztami postępowania obciąża Gildia Sp. z o.o. w Lublinie i 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. w Lublinie tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – 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.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 09.11.2010 r. w Dz. U. UE pod nr 2011/S 217-332956.

W dniu 10.11.2011 r. Gildia Sp. z o.o. w Lublinie (dalej „Gildia”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) nie korespondujących ze sobą postanowień odnoszących się, do wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz ochrony informacji niejawnych,
2. naruszanie art. 186 ust. 2 Pzp przez nieprawidłowe dokonanie czynności będącej wynikiem uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez konsorcjum, którego liderem jest spółka działająca pod firmą Consortia Sp. z o.o.;

wskazując przy tym, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy zmodyfikował siwz wraz z załącznikiem - wprowadzając zmianę w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a nie modyfikując odpowiednio reszty siwz.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany pkt 13.5 siwz poprzez jego sformułowanie jako wymagania posiadania przez wykonawcę ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia wystawionego przez właściwą służbę ochrony państwa, wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w Polsce na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych lub świadectwa wystawionego przez właściwą służbę ochrony państwa wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w państwie, w którym Rzeczpospolita Polska podpisała umowę międzynarodową o wzajemnym uznawaniu świadectw bezpieczeństwa przemysłowego, z chwilą uzyskania dostępu do informacji niejawnych.

Ponadto odwołujący wskazał, iż o czynności zamawiającego będącej podstawą wniesienia odwołania dowiedział się w dniu 9 listopada 2011 r., w związku z czym termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy należy uznać za zachowany.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w dniu 24 października 2011 r. odwołanie w niniejszym postępowaniu wniosło konsorcjum, którego liderem jest Consortia Sp. z o. o., zwane dalej „Consortia”. W odwołaniu tym - syg. akt KIO/2288/11 - Consortia zarzuciła Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy w związku z niezgodnym z przepisami prawa ukształtowaniem treści siwz w odniesieniu do wymagania posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz ochrony informacji niejawnych. Zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu Consortii, do którego przystąpił odwołujący, zostały przez zamawiającego w całości uwzględnione.

W wyniku powyższego zamawiający w dniu dokonał stosownej modyfikacji siwz, jednakże poza zakresem zmian pozostawiając pkt 13.5 siwz. W efekcie wprowadzonych przez zamawiającego zmian w treści siwz znajdują się, w odniesieniu do wymagania posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz ochrony informacji niejawnych, niekorespondujące ze sobą postanowienia siwz. Tym samym treść siwz jest niejednoznaczna oraz utrudnia uczciwą konkurencję, co czyni zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy zasadnym, a wniosek odwołującego zasługującym na uwzględnienie.

Co zaś się tyczy naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp przez nieprawidłowe dokonanie czynności będącej wynikiem uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę, podnieść należy, iż prawidłowe dokonanie czynności będącej wynikiem uwzględnienia odwołania oznacza, w okolicznościach przedmiotowego przypadku, konieczność zmiany wszystkich postanowień siwz, tak aby zarzuty i wnioski sformułowane w odwołaniu, a w całości uwzględnione przez zamawiającego, mogły być w pełni skuteczne. Po zmianach siwz z dnia 9 listopada 2011 r. treść siwz jest niejednoznaczna - brak jest korespondencji pomiędzy wszystkimi postanowieniami odnoszącymi się do tego samego zagadnienia - co *de facto* oznacza, iż

zamawiający nie dokonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wykonawcy Consortia, a tym samym naruszył przepis art. 186 ust. 2 Pzp.

W dniu 14.11.2011 r. (data prezentaty wpływu na faksie) do Izby wpłynęło faksowe zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (dalej „PWPW”).

W dniu 14.11.2011 roku drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, wpłynęło do Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. w Warszawie, On Track Innovations Ltd. w Rosh Pina, Izrael, ASEC S.A. w Krakowie i Trusted Information Consulting Sp. z o.o. w Warszawie (zwani dalej „Consortia”), w którym sformułowano wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzoną za zgodność z oryginałem i przekazaną przez zamawiającego przy pismach z dnia 22 września 2011 r., z dnia 27 października 2011 r. oraz z dnia 17 listopada 2011 r, a także akta sprawy o sygn. KIO 2288/11, Izba ustaliła, co następuje.**

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) punkt 13.5 (w rozdz. „Formalności dotyczące zawarcia umowy”, według stanu na dzień jej sporządzenia, tj. 05.09.2011 r. oraz bez zmian do chwili obecnej, stanowi:

„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 z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych lub świadectwo wystawione przez właściwą służbę ochrony państwa wystawiającą wyżej wymienione świadectwa w państwie, z którym Rzeczpospolita Polska podpisała umowę międzynarodową o wzajemnym uznawaniu świadectw bezpieczeństwa przemysłowego.”

W dniu 24.10.2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Consortia (sygn. akt KIO 2288/11), w którym w odniesieniu do wymagań posiadania świadectw bezpieczeństwa przemysłowego zażądano od zamawiającego wprowadzenia modyfikacji

punktu IN.3 w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącego część siwz, poprzez jego sformułowanie jako wymogu posiadania przez wykonawców i podwykonawców mających dostęp do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia (lub jego odpowiednika wydanego przez organy państwa, z którym Rzeczypospolita Polska podpisała umowę międzynarodową o wzajemnej ochronie informacji niejawnych), najpóźniej z chwilą uzyskania dostępu do informacji niejawnych.

Uczestnikiem postępowania odwoławczego KIO 2288/11 zgłaszającym przystąpienie po stronie zamawiającego była m.in. Gildia Sp. z o.o. w Lublinie.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego ww. odwołania oraz brakiem wniesienia sprzeciwu przez przystępujących Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 4 listopada 2011 r. umorzyła ww. postępowanie odwoławcze.

Zamawiający w dniu 09.11.2011 r., zmianą nr 9, zmodyfikował siwz w zakresie pkt IN.3 OPZ wprowadzając jego następujące brzmienie:

„Wykonawca i podwykonawcy mający dostęp do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” najpóźniej z chwilą uzyskania dostępu do informacji niejawnych muszą posiadać ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzające pełną zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne”, wydane przez właściwe organy wystawiające ww. świadectwo w Polsce na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych lub odpowiednie świadectwa/uprawnienia wystawione przez organy państwa, z którym Rzeczypospolita Polska podpisała umowę międzynarodową o wzajemnej ochronie informacji niejawnych.”

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp.

Zgodnie ze wskazanym art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast w myśl art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą

konkurencję ze względu na zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) nie korespondujących ze sobą postanowień odnoszących się, do wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz ochrony informacji niejawnych, Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp jako spóźnione.

Powyższy zarzut i związane z nim żądanie, w sposób jaki zostały sformułowane w odwołaniu dotyczą w istocie jedynie punktu 13.5 siwz i wymagań tam określonych. W ramach konstytuującego zarzut opisu naruszeń nie określono na czym miałyby polegać niejednoznaczność czy „niekorespondowanie” powyższej jednostki redakcyjnej z innymi postanowieniami siwz. Tymczasem zarówno postanowienia kwestionowanego obecnie pkt 13.5 siwz, jak i zmodyfikowanego w dniu 09.11.2011 r. pkt IN.3 OPZ są jednoznaczne i wzajemnie niesprzeczne. Po prostu pierwsza ze wskazanych jednostek redakcyjnych wymaga stosownego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od wykonawcy już na etapie podpisania umowy, a druga wskazuje na obowiązek posiadania takiego świadectwa przez wykonawcę i podwykonawców w chwili gdy dostęp do informacji niejawnych będą uzyskiwać.

Wymaganie sformułowane w pkt 13.5 siwz pozostaje więc jasne i niezmienione od chwili sporządzenia i przekazania wykonawcom specyfikacji i nie może zostać zakwestionowane przez wykonawców i zbadanie przez Izbę w ramach środków ochrony prawnej po upływie terminów na ich wnoszenie. Tymczasem odwołanie wykonawcy w odniesieniu do wymagania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego *de facto* sprowadza się właśnie do zakwestionowania ww. postanowienia siwz.

Natomiast zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Biorąc pod uwagę fakt, iż siwz zawierająca kwestionowane postanowienie została przekazana wykonawcom (w tym odwołującemu) w dniu 05.11.2011 r. niniejsze odwołanie jako dotyczące w istocie obowiązujących od tamtego dnia postanowień siwz, jako wniesione w dniu 10.11.2011 r., zostało wniesione po terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy (także po terminie wskazanym w art. 182 ust. 3 Pzp).

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 Pzp przez nieprawidłowe dokonanie czynności będącej wynikiem uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Consortia, odwołanie niniejsze podlega

odrzuconiu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp jako dotyczące czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Według dyspozycji art. 186 ust. 2 w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym przypadku, jak wynika z ustaleń Izby, zamawiający dokładnie wykonał żądania odwołania Consortia dotyczące modyfikacji pkt IN.3 OPZ. Innych postanowień siwz żądania w tym zakresie nie dotyczyły. Przepis wskazuje zgodność czynności z żądaniami zawartymi w odwołaniu, a nie ich sensowność czy koherentność (zgodność) z innymi postanowieniami siwz. W przypadku gdy odwołujący nie zgadzał się ze skutkami, do których uwzględnienie odwołania Consortia miało doprowadzić, winien wnieść sprzeciw względem jego uwzględnienia albo złożyć w stosownym terminie własne odwołanie, które obejmowałoby wszystkie niewygodne dlań i niezgodne w jego ocenie z przepisami postanowienia siwz.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W związku z faktem, iż zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Izby przez PWPW zostało przekazane jedynie drogą faksową, a nie jak stanowi powołany wyżej przepis w formie pisemnej, Izba w związku z dyspozycją art. 185 ust. 2 Pzp postanowiła nie uznawać ww. wykonawcy za uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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:** .....

.....

.....