

Sygn. akt: KIO 2557/21

WYROK
z dnia 15 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez Odwołującego – **W. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia S.” W. S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11 i 12, 00-545 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**, ul. Energetyczna 4, 53-330 Wrocław

przy udziale

Wykonawcy – **K. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kabis Consulting K. P., ul. Wał Dwernickiego 117/121/P211, 42-202 Częstochowa przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 19.08.2021 r. wyboru oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Kabis Consulting K. P. i nakazuje wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy do złożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129) 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:

Sygn. akt: KIO 2557/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym (przetarg nieograniczony) przez Zamawiającego – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu na usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w ramach zadania: „Budowa budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu przy ul. Zielińskiego, Piłsudskiego, Kolejowej wraz z przebudową układu drogowego w rejonie ul. Kolejowej i ul. Zielińskiego” (nr ref.: Z-2502-16/21), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.06.2021 r., nr 2021/S 121-319767, wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy K. P. (KABIS CONSULTING) i zaniechania powtórzenia czynności oceny i badania oferty najwyższej ocenionej, wniesione zostało 31 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy – W. S.(Bracia S.W.S.) (sygn. akt KIO 2557/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 9 Pzp, w zw. z rozdz. V ust. 1 pkt 1.1. swz i zał. nr 3 do swz – przez wybór oferty wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu Zamawiającemu informacji, że spełnia warunki w postępowaniu podczas gdy nie mógł ich spełniać, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- 2) art. 139 ust. 3 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP w zw. z rozdz. V ust. 1.1.– tj.: brak wszczęcia procedury ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców i wyboru najkorzystniejszej spośród złożonych przez nich ofert w razie stwierdzenia, że wobec wykonawcy dotychczas najwyższej ocenionego zachodzą podstawy wykluczenia;
- 3) art. 139 ust. 3 PZP w zw. z art. 116 PZP w zw. z rozdz. V ust. 1.2. SWZ i rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.1. SWZ oraz rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ – tj.: brak wszczęcia procedury ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców i wyboru najkorzystniejszej spośród złożonych przez nich ofert w razie stwierdzenia, że wykonawca dotychczas najwyższej oceniony nie spełnia warunków udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej umożliwiającej realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości zgodnie z SWZ;
- 4) art. 126 i 128 PZP w zw. z § 11 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz w zw. z rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ – tj. brak żądania podmiotowych środków dowodowych w zakresie bezpieczeństwa informacji niejawnych od osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit a), o: nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia wykonawcy – pana K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KABIS CONSULTING K. P. i nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców i wyboru najkorzystniejszej spośród złożonych przez nich ofert.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wykonawca K. P. (Kabis Consulting K. P.) wezwany został pismem z 6.08.2021 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale V ust. 2 pkt 2.3.1 swz, tj.: dokumentów potwierdzających zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności ważnego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, ważnego poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, o których mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2008 r. poz. 741), zgodnie z warunkiem określonym w Rozdz. V ust.2 pkt 2.3.1 SWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca przedstawił tylko poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności „poufne” lub wyższej, wydane panu K. P. przez ABW (poświadczenie nr T001212IS z 11.01.2021 r.) oraz zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych (nr 001720T).

Wykonawca nie przedstawił ważnego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Z oświadczenia o skierowaniu do realizacji zamówienia osób fizycznych stanowiących zasób własny wynika, iż Wykonawca nie będzie wykonywał przedmiotu zamówienia jednoosobowo i osobiście i nie będzie korzystał z podwykonawców. Poświadczenie bezpieczeństwa, którym dysponuje Wykonawca stanowi potwierdzenie zdolności do ochrony informacji niejawnych wyłącznie dla przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście (art. 54 ust. 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2020 r. o ochronie informacji niejawnych, dalej UOIN). Nie jest zatem dokumentem wystarczającym dla zapewnienia rękojmi zachowania tajemnicy informacji niejawnych. Na podstawie tego dokumentu Wykonawca nie będzie mógł przekazywać informacji niejawnych osobom, z pomocą których zamierza zrealizować przedmiot zamówienia.

Wyłącza to możliwość spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z którym część czynności z zakresu nadzoru inwestorskiego wykonywane będzie musiała być przez różne osoby (zakaz łączenia funkcji inspektorów nadzoru), które ponadto (w zakresie specjalności: konstrukcyjno-budowlana; instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; telekomunikacyjna; instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych) muszą spełniać warunek w zakresie posiadania poświadczenia bezpieczeństwa osobowego upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, w zakresie niezbędnym do wykonywania nadzoru nad robotami o charakterze „niejawnym” oraz zaświadczenia o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych, ważnego w okresie wykonywania robót (rozdział V ust. 2 pkt 2.3.2 swz).

Zamawiający we wzorze umowy Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego (załącznik nr 3 do wzoru umowy) jednoznacznie wskazał na warunek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. W świetle swz, treści umowy i IBP Odwołujący wskazał na intencję dotyczącą warunków podmiotowych, tj. konieczność dysponowania świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, a w zakresie prac, z którymi łączyć się może dostęp do informacji niejawnych o klauzuli poufne zleconych przez wykonawcę osobom prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą, osoby te powinny przedstawić poświadczenie bezpieczeństwa osobowego wydane przez ABW lub SKW w odniesieniu do art. 54 ust. 3 UOIN.

Z uwagi na długotrwały proces uzyskania poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego, brak ten jest nieusuwalny, a dokument nie może być uzupełniony, gdyż wymagana jest jego aktualność na dzień złożenia oferty.

Powyższe wskazuje na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, gdyż Wykonawca nie przedstawił kompletnych dokumentów (zatajenie) wiedząc, że nie jest w stanie ich przedstawić. Było to wynikiem celowego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej jego lekkomyślności. Działanie to miało wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, gdyż prowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający zobowiązany był dokonać ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, których to czynności zaniechał.

Zamawiający nie powziął również działań zmierzających do uzupełnienia dokumentów dotyczących osób, które miałyby być skierowane do realizacji zamówienia (poświadczenia bezpieczeństwa osobowego), jak również wyjaśnienia sposobu w jaki wykonawca zamierza zrealizować zamówienie.

W piśmie z 14.09.2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Jako niezrozumiały Zamawiający ocenił zarzut naruszenia art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający opisał w swz fakultatywne podstawy wykluczenia.

W ocenie Zamawiającego nie zachodziła podstawa z art. 109 ust. 1 pkt 8,9,10 Pzp do wykluczenia wybranego Wykonawcy z postępowania (Przystępującego). Wykonawca nie przedstawił informacji niezgodnych z prawdą w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący złożył dokumenty zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, w sposób który według zapisów swz potwierdził spełnienie warunków udziału na poziomie wymaganym i brak podstaw wykluczenia, zawierające prawdziwe informacje.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert przez wykonawców będących przedsiębiorcami prowadzącymi działalność jednoosobowo i osobiście, stąd pomimo jednoczesnej konieczności skierowania do wykonania zamówienia innych osób, możliwe było złożenie przez Przystępującego oferty, bez posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, w świetle przepisów o ochronie informacji niejawnych, a także dopuszczonych warunków realizacji zamówienia.

W żadnym momencie Przystępujący nie wpływał lub pozyskiwał informacje niejawne, które miałyby dać mu przewagę konkurencyjną w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 9).

Odwołujący nie wykazał wprowadzenia Zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10).

Wobec braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania, nie mogło dojść do naruszenia art. 139 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania do uzupełnienia świadectw bezpieczeństwa w stosunku do osób, które skierowane zostaną do realizacji zamówienia (art. 126 i 128 ustawy). W związku z brakiem uprawnienia do żądania dokumentów odnoszących się do posiadania kwalifikacji czy uprawnień przez osoby (co wynika z „Rozporządzenia w sprawie dokumentów”) Zamawiający nie wymagał tych dokumentów w swz i poprzestał na żądaniu złożenia wykazu osób. Nie mógł zatem żądać tych dokumentów od Przystępującego.

W dniu 3.09.2021 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – K. P. (Kabis Consulting K. P.). Wykonawca złożył stanowisko pisemne wnosząc, m.in. o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z uchybieniem terminu, który powinien być liczony od dnia publikacji swz, ewentualnie publikacji wyjaśnień udzielonych do treści swz.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania. W szczególności Odwołujący nie uchybił terminowi na wniesienie odwołania od czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Opisana w swz procedura postępowania nie tworzyła podstawy do wskazania, iż to oferta Kabis okaże się najkorzystniejsza, a do takiej tezy zasadniczo należało sprowadzić wniosek Przystępującego o naruszeniu terminu. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi rodzajowo samodzielną czynność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której prawidłowość podlega kontroli na skutek złożenia odwołania, dla którego termin na wniesienie rozpoczyna bieg od dnia powiadomienia wykonawców przez Zamawiającego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej (konkurencyjnej), interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Utrzymanie w mocy tej decyzji pozbawia Odwołującego szansy na wzruszenie wyniku postępowania i uzyskanie zamówienia i jego realizację, co ma wymiar ekonomiczny dla tego Wykonawcy niekorzystny.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający w swz, w rozdziale V określił warunki, których spełnienie uprawniało do udziału w postępowaniu i ubiegania się o realizację zamówienia. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 2.3) Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wykazania zdolności do ochrony informacji niejawnych – *potwierdzając posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia o klauzuli „poufne” lub wyższej, wydanego przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. W przypadku Wykonawcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście zdolność do ochrony informacji niejawnych potwierdza poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności „poufne” lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW i świadectwo ukończenia szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych wydawane przez ABW albo SKW – zgodnie z art. 54 UoOIN – w ramach umów i prac zleconych, z którymi może łączyć się dostęp do informacji niejawnych o klauzuli poufne.*

W pkt 2.3.2 Zamawiający opisał wymagania, jakie stawia wobec osób kierowanych do realizacji zamówienia, określając rodzaj uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń oraz doświadczenie w pełnieniu funkcji budowlanych w poszczególnych specjalnościach (konstrukcyjno-budowlana, drogowa, instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, telekomunikacyjnej, geologicznej). Ponadto, osoby wskazane jako inspektorzy nadzoru inwestorskiego w specjalnościach: konstrukcyjno-budowlanej; instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; telekomunikacyjnej; instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, *muszą na dzień składania ofert oraz w trakcie realizacji zamówienia spełniać warunek w zakresie posiadania poświadczenia bezpieczeństwa osobowego upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, w zakresie niezbędnym do wykonywania nadzoru nad robotami o charakterze „niejawnym” oraz zaświadczenia o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych, ważnego w okresie wykonywania w/w robót – zgodnie z UoOIN. Powyższy warunek będzie potwierdzony opisem zawartym w wykazie osób – Załączniki nr 1.1. do SWZ.*

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w ust. 2 dokonana miała być na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego – wymienione w rozdziale VI (rozdział V pkt 16 swz).

Zgodnie z zapisami rozdziału VI w ofercie wykonawca składał w JEDZ wstępne oświadczenie w zakresie braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na wezwanie wykonawca, którego oferta oceniona zostanie najwyżej, składał aktualne na dzień ich złożenia podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające okoliczności, o których mowa w rozdziale V ust. 1 i 2 swz.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia:

- dokumentu potwierdzającego zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności ważnego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, ważnego poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, o których mowa w UoOIN, zgodnie z warunkiem określonym w Rozdz. V ust.2 pkt 2.3.1 SWZ (pkt 9.1);
- w przypadku wykonywania zamówienia przez inne podmioty, które będą miały dostęp w trakcie realizacji zamówienia do informacji niejawnych, również te podmioty złożą przedmiotowe świadectwo, dotyczy to np. konsorcjantów lub podwykonawców.

- wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, - w zakresie określonym w Rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ wymogów względem tych osób. **Uwaga: wykaz osób o którym mowa w niniejszym punkcie powinien zawierać te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert i będzie wskazywał usługę (usługa nadzoru świadczona przez daną osobę) niewymienioną w wykazie osób złożoną z ofertą na potrzeby kryteriów.**

Wykonawca Kabis w JEDZ złożonym w ofercie oświadczył, iż nie bierze udziału w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami, nie polega na zdolnościach innych podmiotów, nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia (część II, A, C, D). Złożył także ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji, wskazując w nim, iż spełnia wymagane kryteria kwalifikacji (część IV, α).

Składając podmiotowe środki dowodowe Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz osób oraz poświadczenia bezpieczeństwa osobowego dla siebie (nr CT0001321T, ET0007621T, NT0007721CTS, T0012121S) wraz z zaświadczeniem stwierdzającym odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych (nr 001720T). W wykazie osób (załącznik 1.1. do swz) potwierdził dysponowanie osobami – inspektorami nadzoru w poszczególnych branżach (specjalnościach), jednocześnie podając swoje dane na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – koordynator inspektorów.

Izba zważyła.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie uznając, że zarzuty związane z oceną podmiotowych środków dowodowych zasługiwały w części na uwzględnienie. Ponieważ zasadniczą i wiodącą dla całości żądań odwołania była kwestia związana z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt 2.3.1 swz, Izba uznała badaną kwestię za przesądzającą o wyniku postępowania odwoławczego. Zarzuty odwołania opisane w pkt 1- 4 sformułowane zostały w oparciu o stwierdzenie, iż dla potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu konieczne było okazanie się przed Zamawiającym świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego. Oparte na tym twierdzeniu zarzuty, zasadniczo nie miałyby podstaw i nie prowadziłyby do uwzględnienia odwołania,

gdyby teza podstawowa nie znalazła uznania w okolicznościach podniesionych przez Odwołującego. Tym samym decydującym dla rozpoznania i rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego było odniesienie się do twierdzenia, iż wykonawca Kabis Consultng K. P. (zwany wykonawcą Kabis) nie przedłożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu z rozdziału V pkt 2.3.1 swz.

W poczet materiału dowodowego Odwołujący załączył informację z Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 10.09.2021 r. dotyczącą zastosowania przepisu art. 54 ust. 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 742). Odpowiedź prezentowana w piśmie dotyczy potwierdzenia zdolności do ochrony informacji niejawnych przedsiębiorcy prowadzącego działalność jednoosobowo i osobiście, co następuje w oparciu o poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, wydane przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Służbę Kontrwywiadu Wojskowego i zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych wydane przez ABW albo SKW. Wg prezentowanego stanowiska, *Użycie zwrotu „jednoosobowo i osobiście” oznacza, że przedsiębiorca – aby spełnić warunki określone w tym przepisie – nie może zatrudniać pracowników ani zlecać innym osobom wykonywania prac w ramach prowadzonej przez siebie działalności. Przedsiębiorca, który nie stosuje się do tych zasad musi więc – aby realizować umowy związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej – legitymować się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, o czym stanowi art. 54 ust. 2 ww. ustawy.*

Pełnomocnik Wykonawcy Kabis (Przystępujący) na rozprawie wyjaśniał, iż osobiste wykonywanie prac przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą należy również odnosić do innych osób, które miałyby uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze inspektorów. Ponieważ osoby te również miałyby osobiście wykonywać prace w ramach prowadzonych jednoosobowo działalności gospodarczych, w jego ocenie nie zachodziła konieczność przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców w obecnym, jak i unieważnionym wcześniej postępowaniu, dotyczące tego samego warunku udziału w postępowaniu Izba ustaliła, iż w odniesieniu do świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia o klauzuli „poufne” lub wyższej wydanego przez ABW lub SKW, jego posiadanie jest warunkiem niezbędnym dla przedmiotowego zamówienia i wynika z przepisów UoOIN (odpowiedź na pytanie nr 3 z 21.04.2021 r. – postępowanie unieważnione nr Z-2502-3/21). Ponadto, Zamawiający odpowiadając w piśmie z dnia 1.07.2021 r. na pytanie nr 1 zadane w obecnym postępowaniu o konieczność posiadania

świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego wyjaśnił, iż świadectwo nie jest wystawiane dla osób (przedstawicieli spółki, inspektorów), ale dla podmiotu – przedsiębiorstwa.

Uwzględniając odwołanie Izba uznała, iż treść warunku mająca odzwierciedlenie w art. 54 ust. 3 UoOIN pozwalała odstąpić od konieczności posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez tych wykonawców, którzy wykonują działalność jednoosobowo i osobiście, dla których wystarczającym dla potwierdzenia zdolności do ochrony informacji niejawnych jest poświadczenie bezpieczeństwa osobowego wraz z zaświadczeniem o odbyciu przeszkolenia. Zamawiający w swz nie rozwinął tego opisu, co nie oznaczało możliwości odstąpienia od badania wystąpienia przesłanki zwalniającej z konieczności złożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, dla której decydującym było ustalenie, czy wykonawca w ramach prowadzonej działalności osobiście będzie wykonywał czynności przy realizacji zamówienia. Jak wynika z opisu warunku udziału w postępowaniu - w przypadku wykonywania zamówienia przez inne podmioty, które będą miały dostęp w trakcie realizacji zamówienia do informacji niejawnych, również dla tych podmiotów należało złożyć przedmiotowe świadectwo (dotyczy to, np. konsorcjantów lub podwykonawców).

Powyższe prowadzi do wniosku, iż dla potwierdzenia zdolności przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych, konieczne było przedstawienie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, od czego zwolnieni mogli być wyłącznie ci wykonawcy, którzy jednoosobowo i osobiście wykonywać mieliby czynności wymagające dostępu do informacji niejawnych. Z wyjaśnień Wykonawcy Kabis, jak i oświadczeń złożonych w ofercie wynikało, iż K.P. nie może w całości osobiście realizować czynności w ramach umowy, gdyż konieczny będzie udział innych inspektorów nadzoru, w tym posiadających poświadczenie bezpieczeństwa osobowego o klauzuli „poufne” lub wyższej.

Przedstawione przez Odwołującego stanowisko ABW Izba przyjęła jako własne i spójne z odpowiedziami Zamawiającego na pytania, w tym, jak i w wcześniejszym postępowaniu (unieważnione), z których jednoznacznie wynika, iż świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego uzyskać może przedsiębiorstwo (podmiot) i stanowi inny dokument, niż wystawiane dla osób – poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej.

Argument podnoszony przez Zamawiającego, iż w postępowaniu dopuszczony był udział przedsiębiorców prowadzących jednoosobowe działalności gospodarcze, w żaden sposób nie miał znaczenia dla rozumienia przepisu art. 54 ust. 3 UoOIN. Ocena ich zdolności do ochrony informacji niejawnych uzależniona jest bowiem od ustalenia organizacji przedsiębiorstwa, co powiązane zostało w przepisie UoOIN z ustaleniem osobistego prowadzenia działalności, która wiąże się z dostępem do informacji niejawnych. Ponieważ

działalność przedsiębiorcy polegać ma w tym zamówieniu na świadczeniu usługi nadzoru inwestorskiego, co powiązane jest bezpośrednio z wykonywaniem czynności przez inspektorów nadzoru, samo stwierdzenie, iż poszczególni inspektorzy prowadzić mają osobiście działalność gospodarczą nie było wystarczające dla przyjęcia, iż wykonawca będzie prowadził działalność osobiście w pełnym zakresie prac dla których zachodzi konieczność badania zdolności do ochrony informacji niejawnych. Wykonawca w ofercie nie wskazał, aby udział innych osób (inspektorów) miał odbywać się na zasadzie podwykonawstwa, do którego odnosi się zapis swz o konieczności przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Wymóg ten również znalazłby wprost odniesienie, gdyby przedsiębiorcy złożyli ofertę wspólną (jako konsorcjum). Z drugiej strony wyjaśniał, iż wskazani w wykazie osób inspektorzy będą realizować czynności na warunkach zlecenia, co wskazuje, iż Wykonawca nie będzie osobiście wykonywał zleconych innym osobom do wykonania prac.

W tej sytuacji nie mogło budzić wątpliwości, iż Wykonawca Kabis nie będzie osobiście wykonywał wszystkich czynności realizując zakres prac objętych zamówieniem, gdyż dla jego wykonania konieczne jest zaangażowanie inspektorów w poszczególnych branżach, co potwierdził sam Wykonawca w wykazie osób i wypowiedzi ustnej na rozprawie wskazując na konieczność zlecenia części prac inżynierom. Mając na względzie stanowisko ABW, w którym agencja wprost odniosła się do takiego stanu, Izba uznała, iż przedsiębiorca, aby spełnić warunki określone w przepisie art. 54 ust. 3 UoOIN – *nie może zatrudniać pracowników ani zlecać innym osobom wykonywania prac w ramach prowadzonej przez siebie działalności*. W sytuacji gdy zajdzie taka konieczność, np. zlecenia wykonania prac osobom trzecim, konieczne jest na warunkach ustalonych w przetargu posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia o klauzuli „poufne” lub wyższej, wydanego przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania sprawdzającego. Tylko taka wykładnia zapisu swz poddaje się obronie w świetle przepisów szczególnych i korzysta z ochrony prawnej.

W świetle powyższego Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w związku z potwierdzeniem się zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy Kabis do uzupełnienia dokumentu wymaganego dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.3.1.

Ponieważ złożone w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe (poświadczenia bezpieczeństwa osobowego, wykaz osób) nie zawierały informacji nieprawdziwych Izba nie stwierdziła ziszczenia się przesłanki do wykluczenia Wykonawcy Kabis z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, 9, 10. Opisany stan faktyczny wskazuje jedynie na brak złożenia na wezwanie dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku

udziału w postępowaniu, a nie działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w celu mylnego przekonania co do zdolności do ochrony informacji niejawnych. Zamawiający sam działał w błędnym przekonaniu co do zakresu badania, jakie wymaga ustalony w postępowaniu warunek wynikający z przepisów UoOIN. Niezależnie zatem od motywów jakimi kierował się Wykonawca to Zamawiający zaniechał dokonania sprawdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z ustalonym warunkiem.

W odniesieniu do warunku dotyczącego przygotowania zawodowego osób skierowanych do realizacji zamówienia (rozdział V pkt 2.3.2 swz) Zamawiający wymagał wyłącznie złożenia wykazu osób i taki dokument oceniał w zakresie wymaganych informacji. Na obecnym etapie postępowania nie było możliwe rozszerzenie tego badania o dalsze dokumenty (poświadczenia bezpieczeństwa osobowego), które nie były wymagane do złożenia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł. i obciążyła nimi w całości Zamawiającego. Ponieważ odwołanie doprowadziło do wzruszenia wyniku postępowania w sposób wskazany w jednym z żądań, tj. nakazania wezwania do uzupełnienia dokumentu podmiotowego, którego brak może prowadzić do wykluczenia Wykonawcy Kabis z postępowania, a zarzuty odwołania odnosiły się wyłącznie do wadliwości oceny oferty wybranej, Izba uznała, iż odwołanie odniosło efekt w całości spełniający żądania Odwołującego. Tym samym Izba nie dokonała podziału kosztów postępowania odwoławczego pomiędzy stronami.

Przewodniczący: