

WYROK

z dnia 19 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum spółek Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Krośnie Odrzańskim**

przy udziale wykonawcy Ekotrade spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 947/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia paragrafu 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustanowienie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wymogu przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego przez cały okres realizacji umowy;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum spółek Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 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 odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia jednego pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Krośnie Odrzańskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dziedziny obronności i bezpieczeństwa na świadczenie usługi w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów oraz polegającej na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z planami ochrony poszczególnych jednostek oraz zapewnienie ochrony związanej z osiąganiem gotowości do podjęcia działań, mobilizacji, wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojny w ramach poniższych zadań realizowane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne SUFO. Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: 87/OiB/2020 (dalej: postępowanie).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz. 1986 ze zm.) (dalej ustawa „Pzp” lub „ustawa”), w trybie przetargu ograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2020 r. pod Numerem 2020/S 255-643401.

W dniu 25 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Spółek Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący), od niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych, czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp polegające na bezzasadnym przyjęciu, że Odwołujący nie spełnia warunków do udziału w Postępowaniu i wykluczeniu Odwołującego z udziału w Postępowaniu, podczas gdy Odwołujący złożył ważne i prawidłowe świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zaś zastrzeżony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego na cały czas realizacji umowy jest niezgodny z przepisami prawa i niemożliwy

- do spełnienia,
- 2) naruszenie art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „Rozporządzenie”) polegające na określeniu w SIWZ wymogu przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego w całym okresie trwania umowy, podczas gdy z Rozporządzenia wynika, że Zamawiający może żądać ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, czyli aktualnego na dzień złożenia oferty przez Wykonawcę, co skutkowało błędnym przyjęciem, że Odwołujący nie spełnia warunków do udziału w Postępowaniu,
 - 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania ze względu na wskazane powyżej naruszenia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego,
2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny. Zawiadomieniem z dnia 15 marca 2021r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 Pzp, tj. poprzez niespełnienie przez Odwołującego warunków określonych w SIWZ i w ogłoszeniu Zamawiającego o Postępowaniu, z uwagi na nieprzedłożenie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, które miało być ważne przez cały okres świadczenia usługi.

Odwołujący podkreślił niezrozumiałą i bezzasadną motywację Zamawiającego, która doprowadziła do podjęcia czynności niezgodnej z ustawą Pzp i przepisami wykonawczymi. Określając warunki udziału w Postępowaniu, Zamawiający wskazał na wymóg wykazania posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” (dalej: „świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego”) zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2019 poz. 742 z późn. zm.) (dalej: „Ustawa”) ważnego przez cały okres przewidzianego terminu trwania umowy, potwierdzającego, że Odwołujący spełnia wymogi Ustawy.

Składając ofertę udziału w Postępowaniu, Odwołujący złożył wymagane dokumenty

i udzielił informacji zgodnie z SIWZ. Odwołujący przedłożył świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, ważne na dzień złożenia oferty, z terminem obowiązywania do 14 marca 2024 r. w odniesieniu do Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o., zaś w odniesieniu do Seris Konsalnet Security sp. z o.o. ważne do 13 lutego 2024 r. Zamawiający zakwestionował złożone świadectwo i wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów z okresem ważności do końca realizacji umowy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 2 marca 2021 r. Odwołujący udzielił szczegółowych wyjaśnień dotyczących procedury uzyskania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i okresu jego obowiązywania, wskazując, że składając świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego z okresem ważności na które zostało udzielone przez odpowiednie organy, spełnił warunek zastrzeżony w SIWZ. Z punktu widzenia przepisów Ustawy, Rozporządzenia i istoty świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, nie ma innej możliwości niż złożenie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego aktualnego na dzień złożenia oferty, a następnie jego uaktualnienie po wygaśnięciu okresu ważności.

Pomimo szczegółowych wyjaśnień Odwołującego, przedstawionej interpretacji przepisów prawa i przedłożenia ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, Zamawiający w sposób nieuzasadniony wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu, uznając, że nie spełnia on warunków do udziału w Postępowaniu.

Przyjęcie, że Odwołujący nie spełnił warunków do udziału w Postępowaniu wynika z błędnej wykładni przepisów Ustawy i niezastosowania przez Zamawiającego przepisów Rozporządzenia.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wynikającym z Zawiadomienia o wykluczeniu, Odwołujący wskazał racjonalną i zgodną z przepisami prawa interpretację spełnienia warunku przedstawienia ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego z okresem obowiązywania ustalonym przez organ wydający ww. świadectwo, zgodnie z przepisami Ustawy. Budzi zdziwienie odmienne stanowisko Zamawiającego, w sytuacji, gdy przepisy Ustawy i intencja ustawodawcy w zakresie terminu ważności świadectwa bezpieczeństwa jest jasna i nie powinna stwarzać żadnych wątpliwości.

Ustawa określa m.in. zasady i tryb postępowania w sprawie weryfikacji przedsiębiorstwa i wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz określa jego okres ważności. Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego jest wydawane na konkretny czas określony w Ustawie, uzależniony od stopnia świadectwa, przez odpowiednie organy, po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Niemożliwe zatem było wykazanie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, którego ważność odpowiadałaby ramom czasowym, narzuconym przez Zamawiającego.

Przedsiębiorca posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego posługuje się nim w obrocie gospodarczym, potwierdzając tym samym zdolność do ochrony informacji niejawnych. Nie ma racjonalnych podstaw i nie wynika również z Ustawy, aby Odwołujący występował o nowy certyfikat, każdorazowo na potrzeby konkretnego zamówienia / realizacji umowy. Ze względów funkcjonalnych i praktycznych, a także aby nie generować postępowań administracyjnych, ustawodawca wprowadził terminowe potwierdzenie uprawnień i ich ewentualną weryfikację w toku okresu ważności świadectwa.

W Zawiadomieniu o wykluczeniu, Zamawiający zarzuca Odwołującemu zaniechanie podjęcia czynności mających na celu przeprowadzenie postępowania sprawdzającego w trybie art. 65 ust. 1 Ustawy. W tym miejscu należy przywołać treść ww. przepisu, tj.: art 65.

[Sprawdzenie i kontrola o okresie ważności świadectwa]

- 1. ABW albo SKW, w okresie ważności świadectwa, może przeprowadzić z urzędu sprawdzenie przedsiębiorcy w zakresie elementów o których mowa w art 57 ust 2, w celu ustalenia, czy nie utracił on zdolności do ochrony informacji niejawnych przed nieuprawnionym ujawnieniem.*

Mając na uwadze treść ww. przepisu, należy wskazać na jawną sprzeczność argumentacji Zamawiającego zawartą w treści Zawiadomienia o wykluczeniu z treścią wskazanego przez niego w SIWZ wymogu. Skoro Zamawiający zażądał świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego w całym okresie realizacji umowy, w jaki sposób postępowanie sprawdzające o którym mowa w art. 65 Ustawy miałoby potwierdzić ważność świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w trakcie całej umowy, skoro celem tego postępowania, jest jedynie sprawdzenie czy przedsiębiorca nie utracił zdolności do ochrony informacji niejawnych przed nieuprawnionym ujawnieniem (!?).

Nawet gdyby Odwołujący wystąpił o przeprowadzenie postępowania sprawdzającego w trybie art. 65 Ustawy, to przecież i tak nie miałoby ono wpływu na termin ważności świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego posiadanego przez Odwołującego. Postępowanie sprawdzające potwierdziłoby jedynie, że Odwołujący daje rękojmię zachowania tajemnicy, nie wydłużyłoby zaś okresu ważności świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego do czasu zakończenia realizacji umowy.

Czym innym jest bowiem postępowanie sprawdzające prowadzone w celu ustalenia, czy osoba nim objęta daje rękojmię zachowania tajemnicy, zwane dalej odpowiednio "postępowaniem sprawdzającym" lub "kontrolnym postępowaniem sprawdzającym", a inne jest postępowanie prowadzone w celu ustalenia, czy przedsiębiorca nim objęty zapewnia warunki do ochrony informacji niejawnych, zwanego dalej "postępowaniem bezpieczeństwa przemysłowego". Ustawa rozróżnia wyraźnie ww. postępowania, wprowadzając ich definicje

w art. 1 pkt. 4) i pkt. 5) Ustawy.

Odwołujący nie kwestionuje tego, że postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego jest inicjowane przez przedsiębiorcę, mającego interes prawny w uzyskaniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i postępowanie to powinno być zakończone w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od złożenia dokumentów, jednakże oczywistym jest, że wszczęcie postępowania bezpieczeństwa przemysłowego może nastąpić dopiero w odpowiednim czasie przed upływem okresu ważności świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego nie może stracić ważności wcześniej niż z upływem okresu na jaki zostało udzielone. Art 55 ust. 4 Ustawy stanowi, że Świadectwo wygasa, jeżeli:

- 1) *upłynął okres jego ważności, o którym mowa w ust. 2;*
- 2) *przedsiębiorca zrzekł się uprawnień określonych w świadectwie;*
- 3) *przedsiębiorca został przejęty przez inny podmiot lub zlikwidowany.*

Skoro Ustawa określa konkretne przypadki wygaśnięcia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, niemożliwe jest, aby świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wygasło wcześniej, z powodu na przykład wystąpienia przez przedsiębiorcę o nowy certyfikat, który miałby obowiązywać dokładnie w okresie wymaganym przez Zamawiającego, na potrzeby realizacji umowy i nie ma również podstaw do tego, aby przedsiębiorca legitymujący się już świadectwem bezpieczeństwa występował o nowy certyfikat.

Fakt, iż Zamawiający nie może żądać świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego w całym w okresie realizacji umowy, znajduje potwierdzenie w przepisach Rozporządzenia. Zgodnie z § 6 pkt. 2) Rozporządzenia *W przypadku zamówień publicznych, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać, oprócz dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 - 9, także innych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, w tym ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, gwarantującego zdolność do ochrony informacji niejawnych, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.*

Z treści ww. przepisu wynika wprost, że Zamawiający może żądać świadectwa ważnego na dzień składania oferty, które Odwołujący przedstawił zgłaszając udział w Postępowaniu.

Konstruując warunki zamówienia w zakresie wymaganych dokumentów, Zamawiający powinien był zatem liczyć się z niemożliwością złożenia przez Wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, które będzie obowiązywać w całym okresie realizacji umowy. Co oznacza, że akceptowalne i wystarczające z punktu widzenia spełnienia

przesłanek określonych w SIWZ musi być świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, którym posługuje się Odwołujący z okresem ważności do 14 marca 2024 r, w odniesieniu do Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o., zaś w odniesieniu do Seris Konsalnet Security sp. z o.o. do 13 lutego 2024 r., wydanym przez organ przeprowadzający postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego.

Z tych względów Odwołujący powinien zostać dopuszczony do udziału w Postępowaniu.

Wskazać należy, że w odpowiednim czasie przed upływem okresu ważności świadectwa, (najpóźniej na 6 miesięcy, tak aby organ mógł przeprowadzić postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego, a nie na 3 lata przed utratą ważności), Odwołujący wystąpiłby o nowy certyfikat potwierdzający zdolność ochrony informacji niejawnych. Co istotne, Odwołujący wraz z dokumentami przetargowymi, złożył również oświadczenie woli pod rygorem odpowiedzialności karnej, zobowiązując się do kontynuacji ważności świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Ponieważ - jak już wskazano powyżej - w ramach Postępowania, Odwołujący złożył ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, spełnił warunki udziału w Postępowaniu i nie było podstaw, aby został z niego wykluczony.

Mając na uwadze powyższe uchybienia Zamawiającego, należy wskazać, że skutkują one naruszeniem podstawowych zasad jakimi powinno rządzić się postępowanie o zamówienie publiczne. Wykluczając Odwołującego z udziału w Postępowaniu, nie została zachowana uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców, jak również zasada proporcjonalności i przejrzystości w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza dokumentacji Postępowania dowodzi, że zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu są zasadne i zasługują na uwzględnienie w całości.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 26 marca 2021 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W dniu 1 kwietnia 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. Spółka Jawna z siedzibą w Katowicach.

W dniu 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, że zarzuty określone w pkt. 1 i 2 odwołania są zarzutami spóźnionymi, bowiem warunek udziału w postępowaniu, którego niespełnienie przez Odwołującego skutkowało wykluczeniem go z postępowania, został określony w treści ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli Odwołujący uważał, że wymóg przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia na cały ramowo okres trwania umowy jest nieadekwatny, wręcz niemożliwy do spełnienia w stosunku do

przedmiotu zamówienia, winien w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej w stosunku do treści ogłoszenia. Na obecnym etapie postępowania zarzuty są zatem dalece spóźnione.

W ocenie Zamawiającego, warunek posiadania ważnego na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli POUFNE zgodnie z zapisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742) potwierdzający, że wykonawca spełnia wymogi ww. ustawy był w postępowaniu jasno sformułowany, a wykonawcy pozostawało jedynie się temu podporządkować, lub we właściwym terminie wnieść odwołanie na postanowienia ogłoszenia, skoro uznawał ów warunek za nadmierny w stosunku do opisu zamawianej usługi.

Na obecnym etapie, zarzut jawi się jako spóźniony. Powyższy warunek został również podtrzymany przez Zamawiającego, w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 21 stycznia 2012r. W świetle powyższego, również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za bezzasadny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż w zakresie zarzutu dotyczącego wymogu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w zakresie naruszenia art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającego na wymogu przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego przez cały okres realizacji umowy, zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem

odwołania, w związku z wniesieniem zarzutu, po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy nPzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* W pozostałym zakresie Izba skierowała zarzuty podniesione w odwołaniu na rozprawę.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skutecznie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała za nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. Spółka Jawna z siedzibą w Katowicach i nie dopuściła wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 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.*

Zgodnie z treścią przywołanych przepisów, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego powinno nastąpić w ciągu trzech dni od daty otrzymania kopii odwołania, i w tym terminie powinno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 23 marca 2021 r., a zatem trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął 29 marca 2021 r. (27 i 28 marca 2021 to sobota i niedziela) i najpóźniej w tej dacie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego winno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2021 r., tj. z uchybieniem wymaganego terminu.

Wobec powyższego, wniesienie przystąpienia do postępowania odwoławczego z uchybieniem terminu oznacza, że wykonawca nie staje się uczestnikiem postępowania

odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu ograniczonego z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

W dniu 31 grudnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej <https://platformazakupowa.pl/transakcja/411643> ogłoszenie o zamówieniu Numer 2020/S 255-643401 oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla przedmiotowego postępowania.

W treści Ogłoszenia o zamówieniu, w punkcie III.2.1.2.b) Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że posiada ważne na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” zgodnie z zapisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.). potwierdzające, iż Wykonawca spełnia wymogi ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

W treści SIWZ Rozdział 6 Warunki Udziału w Postępowaniu pkt 2.1.b) Zamawiający ustanowił wymóg, że Wykonawca, spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że posiada ważne na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” zgodnie z zapisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.). potwierdzające, iż Wykonawca spełnia wymogi ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Zgodnie z Rozdziałem 9 pkt 2.1.b) SIWZ – Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, które należy złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Wykonawca winien złożyć świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” zgodnie z zapisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.) ważne na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy potwierdzające, iż Wykonawca spełnia wymogi ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

W Rozdziale 5 SIWZ Zamawiający określił, iż rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia nastąpi 30 czerwca 2021 godz. 09:00 a zakończenie 30 czerwca 2024 godz. 09:00.

Odwołujący, do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego potwierdzające posiadanie pełnej zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” dla Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. na okres do 14 marca 2024 r. a dla Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. na okres do 13 lutego 2024 r.

Pismem z dnia 25 lutego 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w którym m.in. wezwał do złożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” ważnego na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy, potwierdzające że Wykonawca spełnia wymogi ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 o ochronie informacji niejawnych.

Odwołujący, pismem z dnia 2 marca 2021 r. złożył wyjaśnienie, w których wskazał iż posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego z datami ważności dla poszczególnych konsorcjantów: 14 marzec 2024 r i 13 luty 2024 r. i nie ma obowiązku aby na kilka lat przed zakończeniem ważności świadectw, wnioskować o uzyskanie kolejnej akredytacji. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że na minimum 6 miesięcy przed upływem terminu ważności ww. świadectw bezpieczeństwa przemysłowego, złoży wniosek o postępowanie sprawdzające przyznawane na kolejne lata. Podniósł również, że wymóg Zamawiającego dotyczący posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE”, ważnego na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy, jest bezpodstawne i niezrozumiałe w świetle obowiązujących przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ponadto narusza Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem z treści paragrafu 6 ust. 2 wynika, że Zamawiający może wymagać dokumentu ważnego na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie był zatem uprawniony do żądania dokumentu ważnego przez cały okres trwania umowy.

Pismem z dnia 15 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w zawiadomieniu wykluczenia podał uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,

iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do odrzuconego zarzutu dotyczącego naruszenia paragrafu 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez ustanowienie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wymogu przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego przez cały okres realizacji umowy.

Izba wskazuje, że zarzut został wniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie, a zatem jako zarzut spóźniony, wniesiony po upływie terminu na jego wniesienie określonego w ustawie, na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp podlegał odrzuceniu. Zgodnie z jego treścią *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Treść przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu została zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ, które zostały zamieszczone przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 31 grudnia 2020 r. A zatem, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) nPzp *odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.* Wobec powyższego upływ terminu na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia i postanowień SIWZ nastąpił po upływie 10 dni licząc od 31 grudnia 2020 r., kiedy to Zamawiający zamieścił ww. dokumenty na stronie internetowej.

A zatem zarzut dotyczący treści ogłoszenia i postanowień SIWZ wniesiony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dacie 25 marca 2021 r. należy uznać za wniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie, a jako zarzut odrzucony nie podlega rozpoznaniu.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu i wykluczeniu Odwołującego z udziału w Postępowaniu, podczas gdy Odwołujący złożył ważne i prawidłowe świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

W pierwszej kolejności, podkreślenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu winny być określone przez Zamawiającego precyzyjnie, w sposób, który uniemożliwiłby ich odmienną interpretację. Konsekwencją bowiem braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Może ono nastąpić wyłącznie w okolicznościach, kiedy brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie budzi wątpliwości w stosunku do treści ustanowionego warunku. Jednakże na etapie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może dokonywać interpretacji spełnienia warunku w sposób, pozwalający na jego odczytanie jako mniej lub bardziej radykalny, niż to wynika z literalnego brzmienia wymogu ustanowionego w treści warunku udziału w postępowaniu.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy mają wykazać posiadanie ważnego na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” zgodnie z zapisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy winni złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia o klauzuli „POUFNE” zgodnie z zapisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.) ważne na cały okres przewidzianego terminu trwania umowy potwierdzające, iż Wykonawca spełnia wymogi ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

W ocenie Izby, warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego został określony w sposób jednoznaczny, poprzez odniesienie się do jego ważności w całym okresie przewidzianego trwania umowy. Z kolei termin wykonania zamówienia został wskazany w Rozdziale 5 SIWZ, poprzez podanie daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji zadania.

Z powyższego wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca winien złożyć ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, które dla klauzuli „POUFNE” będzie

obowiązywało w okresie nie krótszym niż od terminu rozpoczęcia do zakończenia realizacji zamówienia. Ponadto, Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia w przypadku niezakończenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, bez zmiany terminu zakończenia realizacji zamówienia. A zatem wymagany termin końcowy ważności świadectwa przemysłowego był określony przez Zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny, poprzez podanie konkretnej daty i godziny.

Odwołujący złożył świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego dla poszczególnych konsorcjantów z okresem ważności dla klauzuli „POUFNE” krótszym, niż przewidziany w SIWZ termin zakończenia umowy i nie uzupełnił ich na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż poprzez złożenie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „POUFNE,” z terminem zakończenia ważności krótszym niż wymagany w SIWZ oraz poprzez załączenie zobowiązania do przedłużenia terminu jego ważności, Odwołujący spełnił wymagany warunek udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, aby Zamawiający dopuszczał możliwość złożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego z datą obowiązywania krótszą niż termin zakończenia realizacji umowy wraz z zobowiązaniem wykonawcy do jej przedłużenia. Taka interpretacja jest niczym nieuzasadniona i nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie był uprawniony do uznania dokumentów złożonych przez Odwołującego, jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem uznając je za prawidłowe, dokonałby zmiany warunku udziału w postępowaniu, już po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, w ocenie Izby Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, bowiem nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania.

Wobec powyższego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: