

Sygn. akt: KIO 1392/13

WYROK

z dnia 1 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Blue Jet sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Blue Jet sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Blue Jet sp. z o.o. w Warszawie** 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia 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 Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa czarteru samolotów dla najważniejszych osób w państwie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013 r., 2013/S 104-179066.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec zaniechania czynności wskazania w ogłoszeniu całkowitej wielkości lub zakresu zamówienia, zaniechania czynności określenia kwoty wadium wykonawca Blue Jet sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej odwołującym, wniósł w dniu 10 czerwca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu warunku udziału w postępowaniu w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek tego, że opis ten w sposób całkowicie nieuzasadniony ogranicza konkurencję,
- 2) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który nakazuje aby opis warunków udziału w postępowaniu stawianych przed wykonawcami zamówienia były proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że opisany przez zamawiającego w pkt III.1.4 ogłoszenia o zamówieniu warunek posiadania przez wykonawcę „certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne” lub jego odpowiednik w kraju wykonawcy (...), a w przypadku jego braku zobowiązanie do jego uzyskania w terminie do dnia 29.11.2013 r.” jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia i do niego nieproporcjonalny.

Odwołujący argumentował, że obok ww. warunku zamawiający żąda również posiadania przez personel wykonawcy (pokładowy i naziemny) poświadczeń bezpieczeństwa osobowego odpowiednio o klauzuli tajne - dla personelu pokładowego i zastrzeżone - dla personelu naziemnego. Niezrozumiałe jest zatem dodatkowe żądanie aby wykonawca posiadał dodatkowo certyfikat bezpieczeństwa przemysłowego. W firmie przedsiębiorcy nie będą przetwarzane bowiem żadne informacje niejawne. Jedyne

informacje które wykonawca będzie musiał otrzymywać od zleceniodawcy, aby wykonać usługę, będą dotyczyć rozkładu lotów (dzień, godzina, lotnisko startu i lotnisko lądowania) oraz składu delegacji (listy pasażerów). Wywodził, że informacje te nie mogą być uznane za niejawne, ponieważ przewoźnik realizujący loty o charakterze cywilnym (a takie są przedmiotem zamówienia) jest z mocy prawa zobowiązany przekazywać je innym podmiotom, bez możliwości skontrolowania ich zdolności do ochrony informacji niejawnych. Z mocy Rozporządzenia Komisji (UE) nr 859/2008 przewoźnik lotniczy jest zobowiązany do składania planu lotu (rozkład i trasa) do służb kontroli ruchu lotniczego. Z mocy powyższego rozporządzenia przewoźnik jest także zobowiązany zapewnić każdej osobie upoważnionej przez władzę lotniczą dostęp do wszelkich dokumentów i zapisów dotyczących każdej operacji lotniczej. Zgodnie z przepisami ICAO (Aneks 9 Konwencji Chicagowskiej) państwa sygnatariusze do lub z których terytorium odbywa się lot mają prawo wymagać od operatora lotniczego dokładnej listy pasażerów, a tym samym realizacja lotu do wielu krajów (np. Chiny, USA) nie jest możliwa bez podania listy pasażerów. Z mocy Rozporządzenia Komisji (UE) nr 185/2010 z dnia 4 marca 2010 ustanawiającej szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego przewoźnik lotniczy ma obowiązek przekazywać listy pasażerów zarządzającemu lotniskiem na potrzeby kontroli dostępu do strefy zastrzeżonej lotniska.

Odwołujący podniósł również, że ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane 31 maja 2013 r. Przewidywany przez zamawiającego termin rozpoczęcia świadczenia został ustalony na dzień 01 stycznia 2014 r., zaś przedstawienia certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego na dzień 29.11.2013 r. Procedura uzyskiwania przedmiotowego certyfikatu została opisana w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U nr 182 poz. 1228).

Jak wynika z przepisów regulujących to postępowanie oraz praktyki, jest ono długotrwałe, skomplikowane proceduralnie i czasochłonne. Rozpoczyna się ono złożeniem przez przedsiębiorcę wniosku do właściwego organu (art. 56 ustawy). Należy w nim określić stopień świadectwa oraz klauzulę tajności informacji niejawnych, których zdolność do ochrony ma potwierdzać świadectwo. Do wniosku należy dołączyć kwestionariusz bezpieczeństwa przemysłowego, który musi zawierać elementy wymienione w art. 58 ust. 2 ustawy. Natomiast załączniki do wniosku określa art. 57 ust. 3 ustawy. Zakres podmiotów podlegających sprawdzeniu w postępowaniu jest również bardzo szeroki, obejmuje on bowiem nie tylko samego przedsiębiorcę składającego wniosek, ale również osoby wymienione w art. 57 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podniósł, że wprawdzie zgodnie z art. 59 ustawy „postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego powinno być zakończone w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy, licząc od dnia przedłożenia wszystkich dokumentów niezbędnych do jego

przeprowadzenia” to jednak do terminu sześciu miesięcy nie wlicza się okresów pomiędzy wezwaniem przez organ do uzupełnienia braków formalnych a uzupełnieniem tych dokumentów.

Odwołujący wniósł zatem o:

- 1) wykreślenie przedmiotowego warunku jako niezwiązanego z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalnego lub alternatywnie o
- 2) przedłużenie terminu na jego uzyskanie do dnia 31.03.2014 r.

Odwołujący zakwestionował również postanowienie pkt III. 1.3 ogłoszenia o zamówieniu odnoszące się do wspólnego ubiegania się wykonawców o realizację zamówienia, w którym zamawiający zawarł wymaganie, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie posiadał:

- 1) koncesję (zezwolenie) na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przewozu lotniczego udzieloną zgodnie z przepisami Rozporządzenia nr 1008/2008/WE lub odpowiedni dokument wydany w kraju wykonawcy,
- 2) certyfikat przewoźnika lotniczego AOC zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 3922/91 EWG w sprawie harmonizacji wymagań technicznych i procedur administracyjnych w dziedzinie lotnictwa cywilnego,
- 3) certyfikat bezpieczeństwa przemysłowego.

Odwołujący wywiódł, że ww. postanowienie nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunki nieuzasadnione i nieproporcjonalne. Ideą bowiem tworzenia konsorcjum jest możliwość wspólnego spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony żadnym przepisem prawa do ingerowania w strukturę tworzonego przez wykonawców konsorcjum. Skoro bowiem wymaga się od każdego z konsorcjantów jednoczesnego spełnienia wszystkich powyższych warunków, to w istocie uniemożliwia się łączenie różnych potencjałów. Odwołujący domagał się sformułowania poprawnych warunków odnoszących się do możliwości tworzenia konsorcjów poprzez umożliwienie swobodnego utworzenia konsorcjum stosownie do woli wykonawców.

Odwołujący zakwestionował ponadto postanowienie pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, w którym zamawiający określił wymogi dotyczące konieczności posiadania przez podwykonawców:

- 1) koncesji (zezwolenia) na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przewozu lotniczego udzieloną zgodnie z przepisami Rozporządzenia nr 1008/2008/WE lub odpowiedni dokument wydany w kraju wykonawcy,

2) certyfikatu przewoźnika lotniczego AOC zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 3922/91 EWG w sprawie harmonizacji wymagań technicznych i procedur administracyjnych w dziedzinie lotnictwa cywilnego,

3) poświadczenia bezpieczeństwa lub certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego.

Odwołujący wywiódł, iż postawienie wymogów odnoszących się do podwykonawców stoi w sprzeczności z traktatową swobodą prowadzenia działalności gospodarczej wyrażającą się w tym, że przedsiębiorca może samodzielnie podjąć decyzję o sposobie wykonania swojego zobowiązania, w tym może postanowić, czy zechce osobiście je wykonać czy też wspólnie z innymi podmiotami tworząc w tym celu konsorcjum, czy też wraz z podwykonawcami.

Odwołujący przywołał postanowienia art. 131 g, 131 m, 131 r ustawy Pzp, w oparciu o które wywiódł, iż nie wynika z nich prawo zamawiającego do ustalania wymaganych od podwykonawcy warunków, ani tym bardziej prawo do określenia inaczej niż poprzez wskazanie, zgodnie z art. 131 m ustawy Pzp, przedziału wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent wartości umowy który ma być przedmiotem umowy o podwykonawstwo, która część zamówienia ma być powierzona podwykonawcy, co pośrednio uczynił zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści ogłoszenia wszelkich warunków podmiotowych odnoszących się do podwykonawców.

W dalszej części odwołania odwołujący zakwestionował również, iż w pkt II.2.1) ogłoszenia zamawiający nie podał całkowitej wielkości zamówienia ani jego zakresu, zaś w pkt III.1.1) ogłoszenia zaniechał podania informacji na temat wysokości żądanego przez siebie wadium. Zaniechanie podania tych informacji nie pozwala wykonawcy ocenić rzeczywistej skali przedsięwzięcia, co w powiązaniu z ryzykiem nieotrzymania w wymaganym terminie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego stwarza dla wykonawcy niemożliwe do oszacowania ryzyko uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu. Takie uczestnictwo w postępowaniu generuje po stronie wykonawcy konieczność poniesienia określonych kosztów. Nadmieniał, że samo uzyskanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pociąga za sobą koszt na poziomie 100 000 PLN.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia ogłoszenia zamówienia, modyfikacje ogłoszenia o zamówieniu, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i

stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie przekazując ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2013 r. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 maja 2013 r. Przedmiotem zamówienia jest usługa czarteru samolotów dla najważniejszych osób w państwie, tj. Prezydenta RP, Prezesa Rady Ministrów oraz Marszałków Sejmu i Senatu RP. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Postępowanie toczy się również z uwzględnieniem przepisów Działu III rozdziału 4a ustawy Pzp dotyczącego zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.1.4 zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę „świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne” lub jego odpowiednik w kraju wykonawcy (...), a w przypadku jego braku zobowiązany zostanie do jego uzyskania w terminie do dnia 29.11.2013 r.”

W dniu 14 czerwca 2013 r. zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej modyfikację pkt III.1.4 ogłoszenia o zamówieniu, w którym wydłużył termin uzyskania przez wykonawcę ww. świadectwa do dnia 20 grudnia 2013 r.

Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.1.3 w zw. z pkt III.1.5 zamawiający zastrzegł, iż każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi posiadać:

- 1) koncesję (zezwolenie) na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przewozu lotniczego udzieloną zgodnie z przepisami Rozporządzenia nr 1008/2008/WE,
- 2) certyfikat przewoźnika lotniczego AOC zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 3922/91 EWG w sprawie harmonizacji wymagań technicznych i procedur administracyjnych w dziedzinie lotnictwa cywilnego,
- 3) świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia.

W dniu 14 czerwca 2013 r. zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej modyfikację pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, mocą którego sprecyzował, że ww. wymóg pkt 1 i 2 i 3 musi spełniać „każdy z wykonawców zapewniających samoloty w ramach czarteru”, zaś wymóg z pkt 3 dodatkowo „każdy z wykonawców zapewniających personel do obsługi wyczarterowanych samolotów”.

Ustalono nadto, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt III.2.1) zamawiający wymagał, aby każdy z podwykonawców posiadał:

- 1) koncesję (zezwolenie) na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przewozu lotniczego udzieloną zgodnie z przepisami Rozporządzenia nr 1008/2008/WE lub odpowiedni dokument wydany w kraju wykonawcy,
- 2) certyfikat przewoźnika lotniczego AOC zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 3922/91 EWG w sprawie harmonizacji wymagań technicznych i procedur administracyjnych w dziedzinie lotnictwa cywilnego,
- 3) aktualne poświadczenie bezpieczeństwa lub aktualne odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia, gwarantujące zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli co najmniej tajne lub oświadczenie o spełnieniu tego wymogu w terminie do 29.11. 2013 r.

W dniu 14 czerwca i 19 czerwca 2013 r. zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej modyfikację pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, mocą którego sprecyzował, że ww. wymogi musi spełniać „podwykonawca, o ile zapewnia samoloty w ramach czarteru”. Ponadto wydłużono termin uzyskania dokumentów z pkt 3 do 20 grudnia 2013 r.

Ustalano również, że w pkt II.2.1. ogłoszenia o zamówieniu „całkowita wielkość lub zakres” zamawiający wskazał, że szczegółowe warunki zostaną określone w SIWZ, która

zostanie przekazana wykonawcom zaproszonym do składania ofert.

Z kolei w pkt III.1.1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani będą do zabezpieczenia ofert wadium na cały okres związania ofertą. Szczegółowe informacje nt. wadium i gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostaną zawarte w SIWZ, która zostanie przekazana wykonawcom zaproszonym do składania ofert.

Na skutek dokonanej przez zamawiającego modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu odwołujący ograniczył w trakcie rozprawy zarzuty podniesione w odwołaniu w ten sposób, że nie kwestionował postanowienia pkt III. 1.3 ogłoszenia w zakresie zasad oceny warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie kwestionował również postanowienia pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zasad oceny sytuacji podmiotowej podwykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła oddalić odwołanie, albowiem żaden z podtrzymanych przez odwołującego zarzutów nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do postanowienia III. 1.4) ogłoszenia o zamówieniu, w którym określono warunek posiadania przez wykonawcę „certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne” lub jego odpowiednik w kraju wykonawcy (...), a w przypadku jego braku zobowiązany zostanie do jego uzyskania w terminie do dnia 20.12.2013 r.”.

Stosownie do art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Stosownie do art. 131e ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się:

- 1) wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1–9 i ust. 2;
- 2) wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio taką osobę, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za:
 - a) przestępstwo o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.),
 - b) przestępstwo, o którym mowa w art. 165a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny;
- 3) wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, taka osoba, wspólnik, partner lub członek zarządu, komplementariusz, urzędujący członek organu zarządzającego:
 - a) naruszył zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia,
 - b) wprowadził w błąd co do okoliczności będących podstawą uznania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełniania warunków;
- 4) wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ust. 11 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228);
- 5) wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;
- 6) wykonawców, którzy mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie, niż

państwa, o których mowa w art. 131d ust. 1, z zastrzeżeniem art. 131d ust. 2.

2. Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1.
3. Informacje stanowiące przesłankę utraty wiarygodności wykonawcy, wskazujące na możliwość utraty przez niego zdolności ochrony informacji niejawnych, podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

Ponadto z art. 131f ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający przekazuje wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, informacje niejawne niezbędne do wykonania zamówienia, pod warunkiem że wykonawca daje rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231), wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 lit. e w przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zamawiający w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp może żądać *„w przypadku w przypadku zamówień, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają – dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.*

Izba biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan faktyczny stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby opisany przez zamawiającego warunek w pkt III.1.4 warunek udziału w postępowaniu nie był związany z przedmiotem zamówienia czy też do tego przedmiotu zamówienia nieproporcjonalny.

Nie było spornym pomiędzy stronami, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, o którym mowa art. 131 a i nast. ustawy Pzp. Jak wynika z przywołanych wyżej przepisów, w przypadku zamówień tego charakteru, które dodatkowo wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają zamawiający może domagać się od wykonawców posiadania dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy. Jako przykładowy dokument wymieniono wprost m.in. odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego (§ 2 ust. 1 pkt 2 lit. e rozporządzenia). Jest to niezbędny element badania, czy wykonawca daje rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych, co w świetle art. 131 f ustawy Pzp jak również przepisów w zakresie ochrony informacji niejawnych, jest warunkiem przekazania mu informacji niejawnych, niezbędnych do wykonania zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia, którym jest usługa czarteru samolotów dla 4 najważniejszych osób w Państwie, tj. Prezydenta RP, Prezesa Rady Ministrów, Marszałków Sejmu i Senatu. W ocenie Izby taki charakter przedmiotu zamówienia uzasadnia konieczność posiadania przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia. Wynika to z konieczności zachowania w tajemnicy takich wrażliwych danych, jak procedura zamawiania lotu, procedura zmiany lotu, destynacja, informacje gdzie samolot ma być podstawiony, które wykonawca znać może z wyprzedzeniem. Nie można wykluczyć, że z uwagi na obecność na pokładzie najważniejszych osób w Państwie omawiane będą sprawy stanowiące informacje niejawne, kluczowe z punktu widzenia interesów czy bezpieczeństwa Państwa. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca usługi, z uwagi na osoby znajdujące się na pokładzie samolotu weźmie na siebie odpowiedzialność za zapewnienie ciągłości kierowania Państwem. Ponadto ze specyfiki przedmiotu zamówienia wynika, że loty wykonywane będą z części wojskowej lotniska im. Fryderyka Chopina w Warszawie ochranianej przez wojsko, częściowo BOR, a więc niekoniecznie muszą znaleźć zastosowanie reguły postępowania określone przez Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze odnoszące się do lotów z cywilnej części lotniska.

Dostrzeżenia wymagało ponadto, że konieczność zweryfikowania posiadania przez wykonawcę zdolności do ochrony informacji niejawnych wymagają również odrębne przepisy. Jak wynika z art. 54 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych *warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, zwanych dalej "umowami", jest zdolność do ochrony informacji niejawnych*. Natomiast dokumentem, który potwierdza ww. zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa

przemysłowego wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego (art. 54 ust. 2 ww. ustawy).

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba uznała, że sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia.

Nie sposób było również stwierdzić, aby wymagany przez zamawiającego III stopień świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego był poziomem nieproporcjonalnym (nadmiernym). Jeśli chodzi o wymagane stopnie to wydawane są świadectwa odpowiednio:

- 1) pierwszego stopnia - potwierdzające pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji;
- 2) drugiego stopnia - potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania we własnych systemach teleinformatycznych;
- 3) trzeciego stopnia - potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach.

Jak wynika z powyższego, świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia jest w hierarchii najniższym, tj. potwierdzającym zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych w zakresie osobowym, albowiem nie dotyczącym jego systemów informatycznych czy budynków.

Skoro zatem, jak chce ustawa, zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych jest warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów, a jednocześnie zamawiający wymaga najniższego poziomu świadectwa tj. trzeciego, to nie można powiedzieć, aby poziom ten był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła również, że wbrew stanowisku odwołującego niewystarczające z punktu widzenia konieczności ochrony informacji niejawnych byłoby przeprowadzenie jedynie właściwej procedury sprawdzającej wobec personelu pokładowego, czyli osób po stronie wykonawcy, które będą uczestniczyć przy realizacji zamówienia. Jak wynika z art. 58 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, w trakcie postępowania w celu uzyskania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego właściwe organy badają m.in. następujące dane:

- a) dane o strukturze kapitału i powiązaniach kapitałowych przedsiębiorcy;
- b) dane o źródłach pochodzenia środków finansowych i sytuacji finansowej przedsiębiorcy;
- c) dane o strukturze organizacyjnej przedsiębiorcy;
- d) dane dotyczące osób, zasiadających w organach przedsiębiorcy i ich pełnomocników.

Z powyższego zestawienia wynika, że odpowiednie służby weryfikują także zupełnie inne informacje, do których nie mają dostępu w trakcie przeprowadzenia postępowania sprawdzającego wobec osób, a których znajomość w kontekście specyfiki zamówienia jest niezbędna celem zapewnienia ochrony informacji niejawnych.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że termin jaki zamawiający określił na uzyskanie ww. dokumentu, tj. 20 grudnia 2013 r., umożliwia potencjalnemu wykonawcy jego uzyskanie. Zgodzić należało się z odwołującym, że skoro żaden z operatorów lotniczych nie posiada stosownego dokumentu, to istotnie najbardziej optymalnym rozwiązaniem byłoby, gdyby zamawiający skorzystał z możliwości, jakie daje przepis art. 131 c ustawy Pzp i przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne, w którym poinformowałby z wyprzedzeniem o zamiarze udzielenia zamówienia. Takie działanie umożliwiłoby potencjalnym wykonawcom wcześniejsze rozpoczęcie procedury sprawdzającej. Zamawiający takiego ogłoszenia nie opublikował. Tym niemniej jednak, w ocenie Izby, termin na uzyskanie dokumentu, jaki wyznaczył zamawiający należało uznać za dostateczny.

Podkreślenia wymagało, że z art. 59 ustawy o ochronie informacji niejawnych wynika, że *postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego powinno być zakończone w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy, licząc od dnia przedłożenia wszystkich dokumentów niezbędnych do jego przeprowadzenia*. Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 29 maja 2013 r. przekazując ogłoszenie o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, które ukazało się 31 maja 2013 r. Ostatecznie sprecyzowany termin na uzyskanie dokumentu to 20 grudnia 2013 r., a więc obejmujący ponad 6,5 miesiąca. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają również, że ze względu na specyfikę zamówienia, którym jest wszak transport lotniczy najważniejszych osób w Państwie, właściwe służby potraktują wniosek wykonawcy o wydanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego priorytetowo. Powyższa okoliczność została zasygnalizowana w trakcie rozprawy przez zamawiającego, który oświadczył, że podjęte zostały w tym kierunku odpowiednie działania.

Co istotne, umknęło uwadze odwołującego, że właściwe przepisy przewidują możliwość dopuszczenia przedsiębiorcy, który złożył wniosek o wydanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego do wykonania usługi przed ukończeniem procedury sprawdzającej. Jak wynika z art. 54 ust. 7 ustawy *właściwe organy mogą wyrazić pisemną zgodę na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające*. W ocenie Izby okoliczność, iż zamawiający w ogłoszeniu o

zamówieniu nie wspominał o tej możliwości, nie oznacza, że nie może ona znaleźć zastosowania. Zamawiający nie miał obowiązku przywoływać w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W kontekście zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła ponadto, że skoro żaden z operatorów lotniczych nie posiada obecnie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia, to nie można mówić o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że chybnym okazał się zarzut zaniechania podania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji odnośnie wielkości lub zakresu zamówienia oraz informacji dotyczącej wadium.

Izba stwierdziła, że w pkt II.2.1. ogłoszenia o zamówieniu „całkowita wielkość lub zakres” zamawiający wskazał, że szczegółowe warunki zostaną określone w SIWZ, która zostanie przekazana wykonawcom zaproszonym do składania ofert.

Podkreślenia wymagało, że analizowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Jest to więc specyficzny, wieloetapowy tryb, w którym można wyodrębnić fazy: składania wniosków, składania ofert wstępnych, negocjacji zamawiającego z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne i składania ofert ostatecznych.

Ustawodawca w art. 56 ustawy Pzp wskazał, że do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem stosuje się „odpowiednio” przepis art. 48 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 48 ust. 2 ustawy Pzp określa elementy ogłoszenia o zamówieniu w przetargu ograniczonym. Dostrzeżenia wymagało, że w przeciwieństwie choćby do elementów ogłoszenia przetargu nieograniczonego, w przypadku ogłoszenia o przetargu ograniczonym ustawodawca nie przewidział konieczności publikacji danych o wielkości lub zakresie zamówienia. Precyzując obligatoryjne elementy ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego w art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera „określenie przedmiotu zamówienia”. Z kolei w art. 41 pkt 4 ustawy Pzp jako jeden z elementów ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego wymieniono „określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia”. Zakładając racjonalność ustawodawcy należało przyjąć, że skoro przy przetargu ograniczonym wymogu wskazywania wielkości lub zakresu zamówienia nie przewidziano, a określono go w innym

miejscu, to zamawiający stosując odpowiednio przepisy o przetargu ograniczonym, a nie przetargu nieograniczonym nie miał obowiązku podawania informacji odnośnie wielkości lub zakresu zamówienia. Faktycznie w formularzu ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (formularz nr 17 do rozporządzenia Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005) przewidziano pole II.2 „wielkość lub zakres zamówienia”. Jednakże w ocenie Izby formularz ten jest wzorem uniwersalnym dotyczącym różnych trybów o udzielenie zamówienia. Zatem w ocenie Izby zamawiający nie miał obowiązku podawania w polu II.2.1. ogłoszenia o zamówieniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem danych odnośnie całkowitej wielkości lub zakresu zamówienia.

W trakcie rozprawy odwołujący podniósł, że w sekcji II.2.1. zamawiający powinien dookreślić dane dotyczące typu czarterowanego samolotu, przewidywanych typowych destynacji czy informacji o częstotliwości lotów. W ocenie Izby sformułowane w trakcie rozprawy żądanie odwołującego zmierzało w istocie do doprecyzowania w ogłoszeniu o zamówieniu opisu przedmiotu zamówienia. Ten jednak ujawnia się w sekcji II.1.5, która, co warto podkreślić, jest określona we wzorze formularza jako „krótki opis przedmiotu zamówienia”. Użyty przez ustawodawcę unijnego opis sekcji wskazuje, że nie było jego intencją podawanie w ogłoszeniu pełnych informacji na temat przedmiotu zamówienia. Wypełnienie tej sekcji wymaga podania opisu skróconego, obejmującego jedynie najistotniejsze dane dotyczące przedmiotu zamówienia. Celem jest umożliwienie potencjalnym wykonawcom identyfikacji zamówienia i podjęcie decyzji czy będą zainteresowani ubieganiem się o nie. W ocenie Izby ogłoszenie o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie jest miejscem, w którym należy przedstawić pełen opis przedmiotu zamówienia. Temu celowi służy przekazywana wykonawcom w późniejszym etapie specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, Izba stwierdziła że krótki opis przedmiotu zamówienia zawarty w sekcji II.1.5 ogłoszenia zawierał dostateczną ilość informacji pozwalających na identyfikację zamówienia i podjęcie przez wykonawców decyzji co do ubiegania się o zamówienie. Zamawiający podał w analizowanym polu takie dane jak: liczbę czarterowanych samolotów, ich minimalny zasięg, minimalną liczbę miejsc pasażerów, rodzaj i liczbę silników, rok produkcji, wymogi dotyczące malowania samolotów, miejsce stacjonowania samolotów oraz informację, że samoloty mają znajdować się w wyłącznej dyspozycji zamawiającego przez wskazany w ogłoszeniu okres. Ponadto podkreślenia wymaga, że istotą trybu negocjacyjnego jest to, że w późniejszym okresie przedmiotem konsultacji z wykonawcą są m.in. wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (por. art. 58 ust. 2 ustawy Pzp). Powyższe przesądza, że

elementem ogłoszenia nie może być pełen opis przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania podania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji dotyczącej wadium Izba stwierdziła, że również w tym zakresie przepis art. 56 ustawy Pzp odsyła do „odpowiedniego” stosowania przepisów o ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2). Przepis art. 48 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera informację na temat wadium. Zamawiający, w pkt III.1.1. ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wykonawcy zobowiązani będą do zabezpieczenia ofert wadium na cały okres związania ofertą. Szczegółowe informacje nt. wadium i gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostaną zawarte w SIWZ, która zostanie przekazana wykonawcom zaproszonym do składania ofert.

Izba stwierdziła, że istotnie w przypadku trybów, w których opis przedmiotu zamówienia i istotne warunki umowy są już ustalone, np. w trybie przetargu nieograniczonego, wypełnienie obowiązku podania „informacji dotyczących wadium” polega na wskazaniu wymaganej kwoty wadium. Izba wzięła pod uwagę, że w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem ustawodawca wskazał, że przepisy o przetargu ograniczonym stosuje się do ogłoszenia o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem jedynie „odpowiednio”, a nie „wprost”. Negocjacje z ogłoszeniem są trybem niewątpliwie obejmującym większość liczbę etapów niż przetarg ograniczony. Ponadto specyfika trybu negocjacji z ogłoszeniem polega na tym, że w trakcie negocjacji zamawiającego z wykonawcami doprecyzowuje się lub uzupełnia opis przedmiotu zamówienia oraz warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 ust. 2 ustawy Pzp). Oznacza to, że zamawiający, na etapie formułowania ogłoszenia o zamówieniu, nie zna jeszcze dokładnie opisu przedmiotu zamówienia i warunków przyszłej umowy, a co za tym idzie precyzyjnej wartości tego zamówienia, co może utrudniać podanie dokładnej kwoty wadium.

Biorąc pod uwagę charakter trybu negocjacji z ogłoszeniem, jedynie „odpowiednie” odesłanie do stosowania przepisu art. 48 ust. 2 ustawy Pzp, należało dojść do wniosku, że zamawiający – w okolicznościach niniejszej sprawy – był uprawniony do wypełnienia sekcji III.1.1. ogłoszenia podając, że będzie wymagał zabezpieczenia oferty wadium i odesłania co do kwoty wadium do treści SIWZ, która zostanie przesłana wykonawcom w terminie późniejszym.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że nie potwierdziły się podniesione w odwołaniu i podtrzymane w trakcie rozprawy zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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: