

WYROK

z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 maja 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), 2) KENBIT Koenig i Wspólnicy Spółka jawna (Członek Konsorcjum)** z adresem na rzecz siedziby pełnomocnika konsorcjum: **ul. Poleczki 33, Poleczki Business Park/A2, 02 – 822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **INSPEKTORAT UZBROJENIA, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **UTI Poland Sp. z o.o., ul. Modularna 17, 02 – 238 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1165/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), 2) KENBIT Koenig i Wspólnicy Spółka jawna (Członek Konsorcjum)** z adresem na rzecz siedziby pełnomocnika konsorcjum: **ul. Poleczki 33, Poleczki Business Park/A2, 02 – 822 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) CEVA**

Freight (Poland) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), 2) KENBIT Koenig i Wspólnicy Spółka jawna (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Poleczki 33, Poleczki Business Park/A2, 02 – 822 Warszawa 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

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „*Obsługa celno-spedycyjna towarów przywożonych lub wywożonych do/z Polski z/do USA lub innych krajów, dokonywana na rzecz jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej*”, zostało wszczęte przez INSPEKTORAT UZBROJENIA, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 085-143982 z dnia 30.11.2012 r.

W dniu 07.05.2013 r. (faxem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu po etapie badania wniosków: UTI Poland Sp. z o.o., ul. Modularna 17 02-238 Warszawa zwana dalej: „*UTI Poland Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu: Konsorcjum Firm: 1) CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), 2) KENBIT Koening i Wspólnicy Spółka jawna (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Poleczki 33, Poleczki Business Park/A2, 02 – 822 Warszawa zwanego dalej: „*Konsorcjum CEVA-KENBIT*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”. Zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu, zawartym w sekcji III 2.3 pkt 1.1.5 lit. f *Ogłoszenia o postępowaniu nr 381021-2012-PL* opublikowanego w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 231 z dn. 30.11.2012 r.*, zmienionego *sprostowaniami: nr 390731-2012-PL (Dz. U S 238 z dn. 11.12.2012 r.) i nr 396943-2012-PL (Dz. U. S 242 z dn. 15.12.2012 r.)* oraz w *Instrukcji dla Wykonawców* zamieszczonej w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej: <http://www.iu.wp.mil.pl> (w zakładce „*przetargi*”), Zamawiający, w celu potwierdzenia spełniania warunków ubiegania się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, żądał złożenia dokumentu potwierdzającego zatrudnienie (w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy), przynajmniej jednego agenta celnego, posiadającego aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „*tajne*”, w myśl ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228). W złożonym przez Konsorcjum CEVA-KENBIT „*Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*” z dnia 28.01.2013 r. w załączniku nr 5 na str. 173 zamieszczono wykaz agentów celnych, którzy będą realizować zlecenia na rzecz zleceniodawców w ramach docelowej umowy ramowej. W wykazie tym nie wskazano jednak

agenta celnego posiadającego aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające go do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. Na powyższej podstawie Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum CEVA-KENBIT nie dysponuje, na dzień składania wniosków, agentem celnym posiadającym aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniającym do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne”, w związku z czym wykluczył Konsorcjum CEVA-KENBIT z postępowania. Następnie, w związku z wyrokiem KIO z dnia 02.04.2013 r. (sygn. akt: KIO 621/13), działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wezwał Konsorcjum CEVA-KENBIT do uzupełnienia brakującego oświadczenia (pkt. 2.1 pisma Zamawiającego nr wych. IV/4846/2013 z dn. 22.04.2013 r.). W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum CEVA-KENBIT nie przedstawiło oświadczenia potwierdzającego zatrudnienie agenta posiadającego wymagane poświadczenie bezpieczeństwa (pismo z dnia 24.04.2013 r.). Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdził że Konsorcjum CEVA-KENBIT, pomimo wezwania, nie wykazało spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu, wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, w związku z czym, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający wyklucza Konsorcjum CEVA-KENBIT z postępowania.

W dniu 17.05.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 179 Pzp i art. 180 ust.1 Pzp w zw. z art. 182 Pzp odwołanie: Konsorcjum CEVA-KENBIT na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 17.05.2013 r. (faxem). Stwierdził, że wnosi odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, niezgodnych z przepisami Pzp, polegających na:

1. na wykluczeniu Odwołującego, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (agenta celnego z aktualnym poświadczeniem bezpieczeństwa osobowego), pomimo że Odwołujący posiada certyfikat bezpieczeństwa wyższego stopnia niż wymagany w postępowaniu.
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy UTI Poland Sp. z o.o., wobec złożenia nieprawdziwych informacji przez UTI Poland Sp. z o.o. mających wpływ na wynik postępowania oraz niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
3. dopuszczeniu do udziału w postępowaniu jedynie wykonawcy UTI Poland Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu;
4. alternatywnie zaniechaniu unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarzucił naruszenie przepisów Pzp, w szczególności:
 1. art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego bezprawne zastosowanie wobec Odwołującego i wykluczenie z postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający miał świadomość, iż jedynie UTI Poland Sp. z o.o. na dzień ogłoszenia postępowania dysponuje agentem

celnym posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” w myśl ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228) (dalej: „Certyfikowany Agent Celny”) i niemożliwym jest wykazanie wyżej wymienionego warunku przez jakikolwiek podmiot konkurencyjny w tym Odwołującego, przy jednoczesnym zignorowaniu faktu, iż Odwołujący posiada uprawnienia wyższego stopnia gwarantującego prawidłową realizację usługi będącej przedmiotem zamówienia.

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wobec UTI Poland Sp. z o.o., który w toku wyjaśnień złożył nieprawdźwie informacje co do ciągłości obowiązywania certyfikatu Wewnętrznego Systemu Kontroli (dalej: „WSK”) obowiązującego po dacie 04.03.2013 r., oraz uwzględnienie w toku wyjaśnień nowego certyfikatu WSK, który to dokument nie odzwierciedla rzeczywistego stanu i w toku zebranego materiału dowodowego należy go uznać za antydatowany.

3. alternatywnie, naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie umorzenia Postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 07.05.2013 r., a dotyczącym listy wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;

2. Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia UTI Poland Sp. z o.o. wobec złożenia przez UTI Poland Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do postępowania i zakwalifikowanie Odwołującego do następnego etapu postępowania.

4. Alternatywnie wobec nie uwzględnienia powyższego nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Wskazał, że Zamawiający W dniu 26.10.2011 r. Inspektorat Uzbrojenia ogłosił informację o zamiarze wszczęcia w 2012 r. postępowania przetargowego, którego przedmiotem miała być obsługa celno-spedycyjna obrotu uzbrojeniem i sprzętem wojskowym, dokonywanego przez Inspektorat Uzbrojenia i inne jednostki organizacyjne podległe lub podporządkowane Ministrowi Obrony Narodowej. W dniu 30.11.2012 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu. W dniach 11, 15 oraz 29.12.2012 r. opublikowano zmiany treści ogłoszenia. Dnia 27.12.2012 r. Zamawiający zaprosił do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, prowadzonym

w trybie przetargu ograniczonego na usługi celno-spedycyjne. Termin składania wniosków Zamawiający określił na dzień 28.02.2013 r. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały złożone przez Odwołującego, UTI Poland Sp. z o.o. oraz Panalpina Polska Sp. z o.o. W dniu 05.02.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego oraz UTI do uzupełnienia wniosków, co też zostało uczynione przez wykonawców. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wystosowanego przez Zamawiającego do Odwołującego, Zamawiający w żadnym miejscu nie zażądał od Odwołującego wykazania, iż Konsorcjum CEVA dysponuje Certyfikowanym Agentem Celnym. W stosunku do UTI Poland Sp. z o.o., Zamawiający również pismem z dnia 05.02.2013 r. zażądał między innymi oświadczenia o posiadaniu elektronicznego systemu śledzenia przesyłek. Natomiast Zamawiający nie zażądał od UTI Poland Sp. z o.o. uzupełnienia wniosku o prawidłowe zaświadczenie o niekaralności Pani M..... M..... G..... z urzędu właściwego dla miejsca jej zamieszkania. W dniu 13.02.2013 r. Inspektorat Uzbrojenia opublikował informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z którą Odwołujący oraz UTI Poland Sp. z o.o. zostali zakwalifikowani do dalszego etapu postępowania, wykonawca (PANALPINA POLSKA Sp. z o.o.) został wykluczony z postępowania. W dniu 18.02.2013 r. została ogłoszona informacja o unieważnieniu czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z 13.02.2013 r. Zamawiający dokonał jeszcze raz analizy złożonych wniosków i w dniu 08.03.2013 r. Inspektorat Uzbrojenia przesłał Odwołującemu informację o wynikach ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (datowaną na dzień 07.03.2013 r.), zgodnie z którą UTI Poland Sp. z o.o. spełniła w ocenie Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a Odwołującemu zostało wykluczone z postępowania. Tego samego dnia 08.03.2013 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W dniu 18.03.2013 r. Odwołujący złożył odwołanie do KIO kwestionując postępowanie Zamawiającego. Po rozprawie w dniu 02.04.2013 r. Izba uwzględniła odwołanie Odwołującego i wyrokiem o sygn. akt: KIO 621/13 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności: (i) oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (ii) wykluczenia Odwołującego oraz nakazała powtórzenie czynności w postępowaniu. W dniu 22.04.2013 r. Zamawiający wezwał wykonawców do uzupełniania wniosków i udzielenie wyjaśnień w terminie do dnia 24.04.2013 r. W tym wezwał Odwołującego do przedstawienia oświadczenia o dysponowaniu Certyfikowanym Agentem Celnym. (załączył kopię informacji o powtórzeniu czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 22.04.2013 r.). W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż jedynym podmiotem na rynku spedycyjnym posiadającym przedmiotowy certyfikat III stopnia jest konkurencyjny UTI Poland Sp. z o.o., i takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu powoduje, iż może go przedstawić jedynie UTI Poland Sp. z o.o., co jest

ewidentnym wykluczeniem jakiejkolwiek konkurencji. Ponadto Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż posiada znacznie wyższe i szersze uprawnienia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami prawa, a samo żądanie przez Zamawiającego Certyfikowanego Agenta Celnego jest merytorycznie nieuzasadnione, abstrahując już od okoliczności, iż w poprzednim przetargu o te same usługi (i umowie kilka lat temu zawartej pomiędzy Zamawiającym i UTI Poland Sp. z o.o.) nie był wymagany Certyfikowany Agent Celny (jako że jego posiadanie jest bez znaczenia dla wykonywania aktualnie obowiązującej jak i potencjalnie przyszłej Umowy). Jednocześnie Odwołujący przedstawiło Zamawiającemu, iż nie jest możliwe uznaniowe przedłużanie ważności certyfikatów WSK, co wynika wprost z obowiązujących przepisów prawa. (załączył pismo Odwołującego z dnia 24.04.2013 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego). W dniu 07.05.2013 r. Zamawiający przesłał Zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania oraz informacją o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (załączył kopię pisma Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania oraz pisemna informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 07.05.2013 r.).

Zarzut bezzasadnego wykluczenia Odwołującego - naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zgodnie z wymogami zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 30.11.2012 r. wraz ze zmianami z dni: 11, 15, 29.12.2012 roku, każdy z wykonawców chcący uczestniczyć w Postępowaniu, winien był wykazać, iż dysponuje przynajmniej jednym Certyfikowanym Agentem Celnym. Warunek ten został zawarty w Sekcji. III 2.3) 1.1.5. f) Ogłoszenia str. 6. Po ogłoszeniu wyroku Izby z dnia 02.04.2013 r. Odwołujący, przeprowadziło przegląd podmiotów, które posiadają Certyfikowanego Agenta Celnego z uprawnieniami żądanymi w niniejszym postępowaniu i o jakim była mowa w wezwaniu Zamawiającego z dnia 22.04.2013. Konsorcjum CEVA po zweryfikowaniu informacji w organach administracji publicznej oraz w branży logistyczno- spedycyjnej stwierdzają, iż jedynym podmiotem (Wykonawcą), który może wykazać się posiadaniem Certyfikowanego Agenta Celnego na dzień ogłoszenia warunków udziału w postępowaniu i na ostatni dzień składania wniosków o dopuszczenie do postępowania jest jedynie konkurencyjny wykonawca UTI Poland Sp. z o.o. Tym samym, zdaniem Odwołującego, od samego początku przy ogłoszeniu warunków udziału, spełnić je mógł jedynie dotychczasowy wykonawca, aktualnie wykonywanej umowy z Zamawiającym - tj. Wykonawca UTI Poland Sp. z o.o. Podkreślił bardzo istotny inny aspekt tego wymogu. W poprzednim postępowaniu przetargowym, które miało miejsce w 2009 r., Zamawiający nie wymagał posiadania tego typu uprawnienia, nie posiadało go również UTI Poland Sp. z o.o. Zakres usług, jakich wymaga Zamawiający obecnie w stosunku do poprzedniego przetargu, nie zmienił się od tamtego czasu, stąd, tym samym kuriozalne jest wykreowanie tego wymogu w obecnym postępowaniu, tym bardziej, że jest on z merytorycznego względu bez znaczenia, o czym poniżej. W odniesieniu do wezwania do

przedstawienia oświadczenia potwierdzającego zatrudnienie przez Wykonawców, w warunkach określonych w treści wezwania, agenta celnego posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” podkreślił, iż Wykonawcy złożyli już dokumentację dotyczącą agenta celnego Pana K..... B....., posiadającego stosowne uprawnienia do wykonywania tego zawodu i zatrudnionego przez członka konsorcjum Odwołującego - CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony. Dodatkowo w toku postępowania o udzielenie przetargu, złożone zostało Zamawiającemu pismo Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego potwierdzające fakt prowadzenia przez ABW, na skutek wniosku złożonego przez pracodawcę już w czerwcu 2012 r., postępowania sprawdzającego, celem przyznania Panu B..... (oraz 7 innym osobom z CEVA Freight sp. z o.o.) poświadczenia bezpieczeństwa osobowego o klauzuli „tajne”. Procedura przyznania poświadczenia, pomimo ustawowego 6 miesięcznego terminu na załatwienie sprawy nie została jednak zakończona. Niezależnie od powyższego podniósł, że wymóg zatrudniania agenta celnego posiadającego aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające do dostępu do informacji niejawnej o klauzuli „tajne” został zawarty w części A, pkt 3.5.lit. f zamówienia publicznego o sygnaturze akt: IU/303/IV56/ZO/PO/USŁ/K/2012. W tym samym dokumencie (część A punkt 1 ppkt 1.4) Zamawiający zawarł natomiast wymóg posiadania zdolności ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne”, jednak bez konieczności ich przetwarzania w użytkowanych przez siebie obiektach, a w konsekwencji posiadanie przez Wykonawców Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego trzeciego stopnia (Sekcja III 2.1 pkt 2.2.4 ogłoszenia UE dot. ww. postępowania). Wyżej wymienione warunki w ocenie Konsorcjum CEVA stoją zatem w sprzeczności z:

a) art. 22. ust 1 Pzp, który stanowi, że *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące (...) 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;(...)”*, oraz

b) art. 22 ust 4 Pzp, zgodnie z którym *„Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.”*. Wprowadzenie warunku szczególnego posiadania, co najmniej jednego agenta celnego posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniającego do dostępu do informacji niejawnej o klauzuli „tajne” narusza natomiast postanowienia cytowanego wyżej art. 22 ust 4, gdyż nie jest on związany z przedmiotem zamówienia. Zwrócił uwagę, że Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego III stopnia pomimo posiadania przez agenta celnego poświadczenia bezpieczeństwa osobowego o klauzuli „tajne”, nie pozwala na przetwarzanie informacji niejawnych w systemach komputerowych wykorzystywanych przez wykonawców, ani w użytkowanych przez niego obiektach, co wydaje się rzeczą absolutnie niezbędną do

przygotowania choćby zgłoszenia celnego, bądź dokumentacji przewozowej. Realizacja zleceń spedycyjnych oraz czynności celnych przez spedytora w oparciu o III stopień Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego jest niemożliwa w zakresie opisanym w ww. zamówieniu. Minimalnym poziomem gwarantującym wykonanie zlecenia spedycyjnego wraz z czynnościami celnymi jest posiadanie Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego II stopnia z racji posiadania kancelarii tajnej oraz możliwości przechowywania w niej treści i ich przetwarzania bądź rzeczy stanowiących tajemnicę w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnej. Odwołujący zatrudnia osoby posiadające poświadczenia bezpieczeństwa osobowego do poziomu tajne, które jednak nie mają uprawnień agenta celnego. Konsorcjum legitymuje się posiadaniem Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I (najwyższego) stopnia, co pozwala na realizację zlecenia spedycyjnego w pełnym zakresie przewidzianym zamówieniem. Wobec faktu, iż Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego III stopnia, którego żąda Zamawiający, jest niewystarczającym dla świadczenia usług opisanych zamówieniem i przedmiot zamówienia wymaga posiadania świadectwa co najmniej II stopnia, posiadanie przez Odwołującego Świadectw Bezpieczeństwa Przemysłowego I (słownie pierwszego) stopnia, zawiera w sobie automatycznie kompetencje i zakres, uprawnienia zarówno II jak i III (wymaganego przez Zamawiającego) stopnia. Powoduje to że Odwołujący spełnia wspomniany wyżej warunek udziału w postępowaniu (kompetencji III stopnia). Jednocześnie konsekwentnie podtrzymujemy, iż wymóg posiadania Świadectwa Bezpieczeństwa Wewnętrznego III najniższego stopnia jest merytorycznie niezrozumiały i bezprzedmiotowy, jako wymóg udziału w postępowaniu. Z tych również powodów decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum CEVA była bezpodstawna, ponieważ Odwołujący spełnia wszelkie warunki niezbędne do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, i to nawet w szerszym, najwyższym zakresie, posiadając Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego najwyższego I stopnia.

Złożenie przez UTI Poland Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w toku postępowania i zaniechanie UTI Poland Sp. z o.o. przez Zamawiającego Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pismem z dnia 24.04.2013 r., UTI Poland Sp. z o.o. przesłało do Zamawiającego wyjaśnienia do dokumentacji złożonej we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (załączył kopię pisma UTI Poland Sp. z o.o. z dnia 24.04.2013 r.). W punkcie 1 przedmiotowego pisma stwierdzono, iż certyfikat Wewnętrznego Systemu Kontroli (dalej: „*Certyfikat WSK*”) był ważny przez cały okres postępowania, jednocześnie UTI Poland Sp. z o.o. przedstawiło nowy Certyfikat WSK z dnia 05.03.2013 r., oraz stwierdziło, że certyfikat WSK poprzednio złożony do Wniosku, zachowywał swoją ważność ponad datę 05.03.2013 r. (takie oświadczenie również zostało złożone do protokołu rozprawy sygn. akt: KIO 621/13). Ponadto UTI Poland Sp. z o.o. złożyło pismo podpisane przez Dyrektora Polskiego Centrum

Badań i Certyfikacji S.A., który oświadczył, że stary certyfikat WSK obowiązuje do daty przepisania nowego certyfikatu WSK na kolejny okres. Takie oświadczenia są po pierwsze nieprawdziwe, nie mają umocowania w obowiązujących przepisach prawa, a ponadto są nielogiczne mając na uwadze twierdzenia i dokumenty złożone przez UTI Poland Sp. z o.o. w poprzedniej sprawie sygn. akt KIO 621/13. Wskazał, iż w myśl art. 9 ust. 6 pkt 3 oraz art. 11 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa posiadanie ważnego certyfikatu WSK jest niezbędne do uzyskania indywidualnego lub globalnego zezwolenia na wywóz, na usługę pośrednictwa, na przywóz i na tranzyt uzbrojenia oraz na pomoc techniczną i na transfer wewnątrzunijny w zakresie towarów o znaczeniu strategicznym. Posiadanie ważnego certyfikatu WSK przez Wykonawcę ma kluczowe znaczenie dla realizacji kontraktu objętego przetargiem. Bez wątplenia jednak przedstawiony w dokumentacji przetargowej przez UTI Poland Sp. z o.o. certyfikat WSK utracił ważność w dniu 04.03.2013 r. Zgodnie bowiem z treścią art. 11 ust. 6 Ustawy, certyfikaty WSK mogą być wydawane na okres 3 lat, a po jego upływie ważność certyfikatu WSK wygasa. Przepisy Ustawy nie przewidują tu żadnej procedury warunkowego wydawania, czy przedłużania ważności certyfikatów ponad okres, na który zostały wydane, i jakiegokolwiek inne twierdzenie w tym zakresie jest poświadczeniem nieprawdy. Podtrzymywanie takich twierdzeń i posługiwanie się takim dokumentami w postępowaniu, jak i rozprawach przed Izłą jest intencjonalnym składaniem przez UTI Poland Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w celu uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Wobec powyższego w każdym wypadku nadejścia terminu ważności certyfikatu WSK, celem zachowania jego ciągłości, bezwzględnie wymagane jest przeprowadzenie audytu odnowienia po uprzednim złożeniu wniosku w tym przedmiocie przez zainteresowany podmiot najpóźniej na 3 miesiące przed upływem terminu ważności certyfikatu WSK. W tym miejscu trzeba stwierdzić, że postępowanie o wydanie nowego certyfikatu WSK zostało rozpoczęte przez UTI Poland Sp. z o.o. po złożeniu przez Konsorcjum CEVA odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 621/13, czyli po dacie 05.03.2013 r. - tj. wygaśnięcia starego certyfikatu WSK. Wobec powyższego, oczywiście nieprawdziwymi pozostają tu twierdzenia Wykonawcy o uzyskaniu warunkowego certyfikatu WSK od właściwej jednostki certyfikującej, przyrzeczenia jego wydania, czy choćby przedłużaniu ważności już posiadanego przez podmiot certyfikatu na czas trwania audytu, gdyż przepisy prawa nie przewidują w ogóle takiego instrumentu. Oczywistym jest, iż po upływie okresu, na który certyfikat został wydany UTI Poland Sp. z o.o., tj. po 04.03.2013 r. jego ważność wygasła. O ile zatem na dzień złożenia wniosku o przystąpienia do przetargu Wykonawca aktualny certyfikat WSK posiadał, o tyle nie zapewnił jego ciągłości, choćby w toku samego tylko postępowania o udzielenie przetargu i na czas oceny dokumentacji

przez Zamawiającego, i dodatkowo świadomie ponownie poświadczyl nieprawdę w piśmie do Zamawiającego z dnia 24.04.2013 r. Taki stan rzeczy jednoznacznie wskazuje także na fakt, że UTI Poland Sp. z o.o. nie daje rękojmi wykonania umowy z należytą starannością w razie wyłonienia go w toku przedmiotowego postępowania i ukazuje bierność Zamawiającego, który nie zadał sobie trudu zweryfikowania tego zagadnienia, pomimo, że Odwołujący zwracał na to uwagę w swym piśmie do Zamawiającego z dnia 24.04.2013 r. Na potwierdzenie, iż UTI Poland Sp. z o.o. składało nieprawdziwe informacje Zamawiającemu oraz posługuje się dokumentami poświadczającymi nieprawdę, przemawiają jeszcze dodatkowo następujące okoliczności faktyczne: W piśmie do Zamawiającego z dnia 24.04.2013 r. UTI Poland Sp. z o.o. przedstawiło nowy certyfikat WSK, w którym została podana data wystawienia 05.03.2013 r. Skoro tenże Certyfikat istniał w dniu 05.03.2013 r., jak wskazuje na to data wystawienia (załącznik 1 do pisma UTI Poland Sp. z o.o.), to należy zadać podstawowe pytanie, dlaczego UTI Poland Sp. z o.o. w trakcie poprzedniej rozprawy przed Izbą w dniu 02.04.2013 r. (czyli niemalże miesiąc po wystawieniu nowego Certyfikatu) nie okazało go na rozprawie (a przecież było w stanie), a jedynie zasłoniło się oświadczeniem Dyrektora Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. z dnia 19.03.2013 r., w którym stwierdzał, iż stary certyfikat WSK jest nadal „ważny”, w myśl wyżej przytoczonych przepisów prawa, a należy uznać, że podmiot wydający certyfikaty winien posiadać wiedzę na temat przedmiotowej Ustawy. Jest oczywistym, że gdyby nowy certyfikat WSK z dnia 05.03.2013 r. został rzeczywiście wystawiony w tej dacie, nie byłoby potrzeby składania na rozprawie w dniu 02.04.2013 r. pisma z dnia 19.03.2013 r., lecz UTI Poland Sp. z o.o. złożyłoby nowy istniejący od dnia 05.03.2013 r. certyfikat WSK, co skutecznie zamknęłoby temat. Mając na uwadze, że audyt rozpoczął się w UTI Poland Sp. z o.o. po dacie 05.03.2013 r., przedstawiony certyfikat WSK nie istniał w dacie jego rzekomego wystawienia i poświadcza nieprawdę, o czym doskonale wiedziało UTI Poland Sp. z o.o. składając jego kopię Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami w dniu 24.04.2013 r., tym samym złożyło świadomie nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkuje obligatoryjnym obowiązkiem Zamawiającego do wykluczenia UTI Poland Sp. z o.o. z postępowania. W tym aspekcie, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia przez Zamawiającego jest fakt, iż UTI Poland Sp. z o.o. ponownie rozpoczął procedury o uzyskanie takich certyfikatów na nowy okres nawet, jeżeli je uzyskał w sposób przewidziany prawem.

Alternatywny wniosek o nakazanie unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wobec wystąpienia nieusuwalnej wady postępowania. [spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko przez jeden podmiot UTI Poland Sp. z o.o.], Konsorcjum, po ogłoszeniu postępowania rozpoczęło kompletowanie niezbędnej dokumentacji celem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po przeprowadzeniu

przeгляdu podmiotów, które dysponują Certyfikowanym Agentem Celnym i weryfikacji informacji w organach administracji publicznej Odwołujący stwierdził, iż jedynym podmiotem (Wykonawcą), który dysponuje Certyfikowanym Agentem Celnym i jest konkurencyjny wykonawca UTI. Wobec powyższego, Odwołujący,(ani każdy inny wykonawca) dążąc do uczestniczenia w Postępowaniu z obiektywnych względów nie było w stanie przedstawić przedmiotowego Certyfikowanego Agenta Celnego. Chcemy również podkreślić bardzo istotny inny aspekt tego wymogu. W poprzednim postępowaniu przetargowym, które miało miejsce w 2009 r., Zamawiający nie wymagał posiadania tego typu uprawnień. Zakres usług, jakich wymaga Zamawiający, nie zmienił się od tamtego czasu. Zdaniem Odwołującego, postawienie przez Zamawiającego warunku, który jest, co zostało wykazane powyżej, bez znaczenia merytorycznego dla przedmiotu postępowania oraz fakt, iż warunek ten na dzień ogłoszenia i składania wniosków o dopuszczenie spełniał tylko podmiot konkurencyjny, który jednocześnie jest dotychczasowym wykonawcą świadczącym tego typu usługi dla Zamawiającego, poddaje pod wątpliwość zastosowanie się przez Zamawiającego do dyspozycji art. 7 ust. 1 Pzp. Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, mając na uwadze wyżej wymienione fakty, jest celowym ewidentnym wykluczeniem jakiegokolwiek konkurencji przez Zamawiającego, i takiej kreacji warunków przetargowych, aby zwycięzcą został tylko jeden podmiot – wykonawca UTI Poland Sp. z o.o. Takie zachowanie Zamawiającego, podważa w pełni sens prowadzenia jakiegokolwiek postępowania w sprawie, jako fasadowego, którego wynik z góry jest znany. Warunki stawiane przez Zamawiającego, (które również zaprzeczają dyspozycji art. 22 ust. 4 Pzp ze względu na brak proporcjonalności żądania spełnienia przedmiotowego warunku jak i brak jego uzasadnienia merytorycznego co zostało wykazane powyżej powodują, iż tylko jeden wykonawca mogłyby złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu. To powoduje, iż całe postępowanie przetargowe, jako sprzeczne z podstawowymi zasadami Pzp nie może już podlegać na tym etapie konwalidacji (ze względu na fakt, iż niemożliwym jest modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie daty na złożenie wniosku o dopuszczenie do postępowania, stąd niemożliwym jest usunięcie podstawowej wady postępowania, jaką jest nawet nie tyle ograniczenie konkurencji, co wykluczenie jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu. Wada postępowania ma niestety charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania, wskutek istnienia tej wady będzie podlegać unieważnieniu, w trybie art. 146 ust. 6 Pzp. Tym samym, kontynuowanie przez Zamawiającego Postępowania posiadającego pełną wiedzę, iż warunku uczestnictwa przetargu wykluczają jakąkolwiek konkurencję, powoduje świadome zaniechanie Zamawiającego zastosowania się do dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Jak wskazał to Odwołujący powyżej, Zamawiający działając w sposób arbitralny naruszył szereg przepisów i reguł postępowania Pzp, których stosowanie jest obligatoryjne

Pzp. Poprzez takie nieprawidłowe postępowania, Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę UTI Poland Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje w toku postępowania. Zamawiający również bezzasadnie wykluczył z postępowania Odwołującego, pomimo, iż Odwołujący posiada uprawnienia wyższe niż wymagane w toku postępowania. W przypadku nieuznania przez Izbę wyżej wymienionych racji, Odwołujący wnosi alternatywnie o nakazanie unieważnienia postępowania przez Zamawiającego ze względu na okoliczność, iż jest one obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, mającą wpływ na wyniki postępowania. Odwołujący nie znajduje żadnego uzasadnienia wykluczenia konkurencji w postępowaniu przez Zamawiającego. Zamawiający nie posiada żadnych merytorycznych argumentów co do takiego kreowania wymogu przedstawiania oświadczeń w postępowaniu, które jak się okazuje na dzień składania wniosków może spełnić tylko jeden podmiot komercyjny, do tego aktualnie wykonujący tego samego typu usługi na rzecz Zamawiającego. Gdyby w istocie były wymagane przez Zamawiającego takie właściwości wykonawców niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, które spełnia tylko jeden podmiot na rynku (podkreślmy tu ponownie, że takie właściwości nie są wymagane w stosunku do przedmiotu zamówienia, nic się nie zmieniło od czasu udzielenia poprzedniego zamówienia w 2009 r.) to racjonalnie działający Zamawiający nie przeprowadzałby postępowania w aktualnym trybie, lecz użył zgoła innego. Konsorcjum CEVA, pragnie również podkreślić inną okoliczność, iż nie ma jakiegokolwiek zagrożenia w związku z udziałem w postępowaniu i potencjalną realizacją przedmiotu zamówienia przez Odwołującego. CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. – członek konsorcjum Odwołującego jest spółką zależną międzynarodowej korporacji, której główna siedziba mieści się w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Spółki z grupy kapitałowej CEVA wykonują od wielu lat zlecenia dla Instytucji i Ministerstw Obrony Narodowej, armii państw należących do Paktu Północnoamerykańskiego. Z perspektywy aktywności CEVA w Stanach Zjednoczonych Ameryki oraz Unii Europejskiej, takie ograniczanie konkurencji poprzez uniemożliwianie realnego udziału w Postępowaniu, i konsekwentne utrzymywanie takiego stanu przez Zamawiającego jest ewenementem na skalę Europejską i międzynarodową. Ponadto zadziwia nast. fakt, iż Zamawiający nie chce dopuścić do konkurencji o udzielenie zamówienia na niebagatelną kwotę kilkunastu milionów pomiędzy de facto dwoma amerykańskimi globalnymi spedytorami CEVA i UTi, skoro właśnie istotą i celem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest dążenie do uzyskania jak najlepszych warunków cenowych i wykonania usługi, tym samym rozsądne gospodarowanie środkami publicznymi, tym bardziej w sytuacji ekonomicznej, jakiej znajdują się finanse publiczne Polski.

Zamawiający, w dniu 20.05.2013 r. wezwał (email) w trybie art. 185 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.05.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: UTI Poland Sp. z o.o. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnośnie zarzutu bezzasadnego wykluczenia Konsorcjum CEVA, pragniemy podkreślić, iż sam Odwołujący przyznał, że dopiero po dniu 02.04.2013 r., czyli po ogłoszeniu wyroku o sygn. akt: KIO 621/13 rozpoczął poszukiwanie Certyfikowanego Agenta Celnego z Poświadczeniem Bezpieczeństwa Osobowego o klauzuli „tajne”. Fakt, iż takiej osoby nie znalazł nie jest winą ani Zamawiającego, ani Przystępującego i nie może rodzić negatywnych skutków w postępowaniu przetargowym dla wykonawcy UTI Poland Sp. z o.o. Zarzuty, iż tylko Przystępujący posiada taką osobę są bezpodstawne, gdyż nie są poparte żadnym dowodem, a jedynie założeniami Odwołującego. Dodatkowo należy podnieść, iż Zamawiający nie może rezygnować z wymogu, który według niego jest niezbędny do realizacji przedmiotu postępowania, tylko z powodu przedłużającego się postępowania sprawdzającego trwającego już od czerwca 2012 r. odnośnie pracownika Odwołującego pana K..... B..... Wskazujemy, iż wykonawca UTI Poland Sp. z o.o. dysponuje 4 Certyfikowanymi Agentami Celnymi z poświadczeniem Bezpieczeństwa Osobowego o klauzuli „tajne” - 2 już od roku 2010 oraz 2 od roku 2011, nie ma więc powodów by przypuszczać, iż inne podmioty takimi osobami nie dysponują. Dodatkowo wskazujemy, iż Odwołujący stara się za wszelką cenę udowodnić posiadanie „znacznie wyższych i szerszych uprawnień”, jednak nie wskazuje co to są za uprawnienia. Zamawiający wyraźnie wymagał Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego III stopnia oraz Agenta Celnego z Poświadczeniem Bezpieczeństwa Osobowego o klauzuli „tajne”. Skoro więc te zapisy w ogłoszeniu z dnia 30.11.2012 r. Odwołujący uważał za niewłaściwe, nielogiczne czy niejednoznaczne, miał możliwość zgodnie z art. 182 ust. 2 Pzp złożyć na nie odwołanie. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1928/10: „Ustawodawca nie po to przewidział w przepisach art. 38 czy też art. 180 p.z.p. odpowiednio możliwość zadawania pytań do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też wnoszenia środków ochrony prawnej dotyczących jej treści, aby dopiero na etapie ogłoszenia o wynikach postępowania, w przypadku niekorzystnego dla siebie wyniku, podnosić nieprawidłowości, czy też niejednorodność s.i.w.z. i wywodzić z tego niekorzystne dla siebie skutki prawne. Zjawisko powyższe należy uznać za wysoce naganne.”; Wyrok KIO przy Prezesie UZP z dnia 27.04.2011 r., sygn. akt: KIO 795/11: „Zaniechanie podjęcia działań w ściśle określonym terminie pozwala na przyjęcie, iż Odwołujący godzi się z treścią

ogłoszenia i postanowieniami SIWZ, a w konsekwencji jest zobowiązany do wypełnienia wymogów tam wyrażonych.” Wobec powyższego odwołanie podlega oddaleniu jako oczywiście bezzasadne.

Odnośnie zarzutu złożenia przez UTI nieprawdziwych informacji w sprawie Certyfikatu WSK, wskazujemy na złożenie ww. dokumentu ważnego na dzień 28.01.2013 r., czyli dzień składania wniosków zgodnie z art. 26 Pzp W dniu 02.04.2013 r. podczas rozprawy przed KIO (sygn. akt: KIO 621/13) wszelkie zagadnienia odnoszące się do ważności złożonego Certyfikatu zostały rozstrzygnięte. Jednakże odnosząc się do samych zarzutów Odwołującego podkreślamy, iż wniosek o audyt został złożony do Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. w dniu 28.11.2012 r. Oferta z Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. została przedstawiona w dniu 07.12.2012 r. Termin audytu był przesuwany, gdyż początkowo na audytora wyznaczono osobę będącą pełnomocnikiem ds. ISO zatrudnioną w podmiocie prowadzącym działalność konkurencyjną w stosunku do Przystępującego, co z oczywistych względów uniemożliwiało przeprowadzenie rzetelnego audytu. W związku z tym audyt ostatecznie rozpoczął się w dniu 25.02.2013 r. Na podstawie Zasad Wydawania Certyfikatów Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. wydanie Certyfikatu następuje po wystawieniu faktury VAT przez ten podmiot i zapłatę tej faktury przez wnioskującego. Tutaj nastąpiło to w dniu 10.04.2013 r., a Certyfikat WSK został wydany na dzień 05.03.2013 r., jako przedłużenie obowiązującego Certyfikatu, co zostało dokładnie przedstawione na rozprawie w dniu 02.04.2013 r. Zgodnie z Wyrokiem KIO Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień czy Certyfikat WSK jest ważny, a Przystępujący wyjaśnił jak wyżej oraz zapewnił dysponowanie takim dokumentem przez cały okres postępowania przetargowego. Zarzucanie Przystępującemu „*składania nieprawdziwych informacji*”, „*poświadczania nieprawdy*”, „*intencjonalnego składania nieprawdziwych informacji w celu uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia*” jest wysoce naganne i nie do zaakceptowania. Sam Odwołujący na rozprawie 02.04.2013 r. przedstawił korespondencję mailową z Kierownik Zakładu Certyfikacji Systemów Zarządzania p. K..... M..... z Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji SA, która potwierdziła możliwość wydania certyfikatu w trybie specjalnym, aby interes podmiotu ubiegającego się o kolejny okres certyfikacji nie ucierpiał. Przystępujący natomiast przedstawił Oświadczenie z 19.03.2013 r. Dyrektora ds. Badań i Certyfikacji p. T..... G....., iż certyfikat zachowuje ważność do czasu przepisania nowego certyfikatu na kolejny okres certyfikacji. (załączył Wniosek o audyt złożony do Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. z dnia 28.11.2012 r. oraz Ofertę z Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. z dnia 07.12.2012 r.). Przytoczył na koniec postanowienie KIO z dnia 03.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1549/09.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie. Nastąpiło niniejsze dopiero na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 28.05.2013 r. (pismo z dnia 27.05.2013 r.).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamiarze wszczęcia postępowania z dnia 26.10.2011 r., ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami, wnioskiem Odwołującego, pismem Odwołującego z dnia 16.05.2011 r. (wpływ 21.05.2012 r.) skierowanym do Zamawiającego, pismem Odwołującego z dnia 18.12.2012 r. skierowanym do Zamawiającego, wyrokiem KIO z dnia 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 621/13, pismem Zamawiającego z dnia 22.04.2013 r. zawierającym informacje o powtórzeniu czynności spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w stosunku do Odwołującego oraz wezwaniem do wyjaśnień w stosunku do Przystępującego, pismem z dnia 24.04.2013 r. Odwołującego przesłanym Zamawiającego na stosowne wezwanie, wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 24.04.2013 r. przesłanym Zamawiającego na stosowne wezwanie wraz z załącznikami, zawiadomieniem z dnia 07.05.2013 r. o wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 07.05.2013 r., odwołaniem wraz z załącznikami stanowiącymi w/w pisma, przystąpieniem wraz z załącznikami, odpowiedzią na odwołanie, SIWZ z postępowania o Nr referencyjnym: DZSZ/296/IV-17/B/PRZ/M/2008, kopią świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia z dnia 24.07.2012 r. na rzecz wskazanego przedsiębiorcy, 4-oma kopiami poświadczenia bezpieczeństwa na rzecz wskazanej osoby fizycznej, informacją o zamiarze wszczęcia postępowania z dnia 26.10.2011 r., pismem z ABW z 19.12.2012 r. złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, pismem z dnia 22.05.2013 r. Dyrektora ds. Badań i Certyfikacji jednostki certyfikującej (PCBiC S.A.) wraz z korespondencją emaliową oraz Zasadami Certyfikacji Systemów Zarządzania w PCBC S.A złożone na rozprawie przez Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 30.11.2012 r., czyli przed dniem 20.02.2013 r., tj. wejściem w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, z zastrzeżeniem kwestii wynikającej z zarzutu i żądania unieważnienia postępowania, w sytuacji, czy też pod warunkiem, gdyby Izba nie uznała zarzutu dotyczącego wniosku Odwołującego i potwierdziła prawidłowość wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (za wyjątkiem zarzutu alternatywnego), wobec prowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego, zostałby zaproszony do złożenia oferty i miałby szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wniosek o odrzucenie sformułowany na posiedzeniu przez Zamawiającego, a poparty przez Przystępującego został przez Izbę oddalony z uwagi na okoliczności przedstawione odrębnie w ramach argumentacji dotyczącej dwóch pierwszych zarzutów.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 621/13 oraz o sygn. akt: KIO 1165/13, postanowień ogłoszenia o zamiarze wszczęcia postępowania z dnia 26.10.2011 r., ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami, wniosku Odwołującego, pisma Odwołującego z dnia 16.05.2011 r. (wpływ 21.05.2012 r.) skierowanego do Zamawiającego, pisma Odwołującego z dnia 18.12.2012 r. skierowanego do Zamawiającego, pisma Zamawiającego z dnia 22.04.2013 r. zawierającego informacje o powtórzeniu czynności spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w stosunku do Odwołującego oraz wezwaniem do wyjaśnień w stosunku do Przystępującego, pisma z dnia 24.04.2013 r. Odwołującego przesłanego Zamawiającemu na stosowne wezwanie, wyjaśnień Przystępującego z dnia 24.04.2013 r. przesłanych Zamawiającemu na stosowne wezwanie wraz z załącznikami (Certyfikatem Systemu Zarządzania z dnia 05.03.2013 r. wystawionym przez PCBiC S.A.; oświadczeniem z dnia 19.03.2013 r. Dyrektora ds. Badań i Certyfikacji PCBiC S.A.), zawiadomienia z dnia 07.05.2013 r. o wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 07.05.2013 r., odwołania wraz z załącznikami stanowiącymi w/w pisma, przystąpieniem wraz z załącznikami (wniosek o audyt złożony do PCBiC S.A. z dnia 28.11.2012 r.; oferta z PCBiC S.A. z dnia 07.12.2012 r.), odpowiedzi na odwołanie, kopii świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia z dnia 24.07.2012 r. na rzecz wskazanego przedsiębiorcy, 4-ch kopii poświadczenia bezpieczeństwa na rzecz wskazanej osoby fizycznej, informacji o zamiarze wszczęcia postępowania z dnia 26.10.2011 r., pisma z ABW z 19.12.2012 r. złożonych na rozprawie przez Odwołującego,

pisma z dnia 22.05.2013 r. Dyrektora ds. Badań i Certyfikacji jednostki certyfikującej (PCBiC S.A.) wraz z korespondencją emaliową oraz Zasadami Certyfikacji Systemów Zarządzania w PCBC S.A złożonych na rozprawie przez Przystępującego.

Złożona na rozprawie SIWZ z postępowania o Nr referencyjnym: DZSZ/296/IV-17/B/PRZ/M/2008, Izba nie uznaje jako dowodu w sprawie, gdyż dotyczy ona innego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego niż będące przedmiotem odwołania. Z kolei wyrok KIO z dnia 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 621/13 jest znany Izbie z urzędu i nie może stanowić dowodu w sprawie, co najwyżej może zostać wzięty pod uwagę w toku analizy zgromadzonego materiału dowodowego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W dniu 26.10.2011 r. Zamawiający opublikował ogłoszenia o zamiarze wszczęcia postępowania: „(...) informuje o zamiarze wszczęcia w 2012 r. postępowania przetargowego, przedmiotem którego będzie obsługa celno-spedycyjna obrotu uzbrojeniem i sprzętem wojskowym, dokonywanego przez Inspektorat Uzbrojenia i inne jednostki organizacyjne podległe lub podporządkowane Ministrowi Obrony Narodowej. Po rozstrzygnięciu postępowania zostanie zawarta wieloletnia umowa ramowa, która wg planu zacznie obowiązywać od 01.01.2013 r.

Warunkiem dopuszczenia udziału oferenta w postępowaniu, będzie między innymi:

- posiadanie przez niego certyfikatu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o którym mowa w art. 54 ust. 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228) o klauzuli „tajne” i poziomie przynajmniej trzeciego stopnia, potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych która może być zawarta w przekazywanych mu towarach.
- posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa przez osoby upoważnione do realizacji zlecenia spedycyjnego, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, umożliwiającego dostęp do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „tajne”;
- zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia przez w/w osoby, w zakresie ochrony informacji niejawnych - wskazane w art. 19 i art. 20 ustawy o ochronie informacji niejawnych; (...).”

Odwołującego w ramach pisma z dnia 16.05.2011 r. – data za dokumentacją - (wpływ 21.05.2012 r.) skierowanego do Zamawiającego stwierdził: „W związku z planowanym wszczęciem postępowania przetargowego, którego przedmiotem będzie obsługa celno-spedycyjna obrotu uzbrojeniem i sprzętem wojskowym, dokonywanego przez Inspektorat Uzbrojenia i inne jednostki podległe Ministrowi Obrony Narodowej, pragnę w imieniu firmy CEVA Freight (Poland) Sp. z o. o. wyrazić zainteresowanie uczestnictwem w przedmiotowym postępowaniu. (...) W związku ze zbliżającym się terminem ogłoszenia przetargu, podjęliśmy decyzję o podjęciu działań mających na celu spełnienie Państwa oczekiwań określonych Informacją opublikowaną dnia 26 października 2011 o warunkach dopuszczenia do udziału w przedmiotowym przetargu. Dlatego też dnia 26 kwietnia 2012 został złożony do stosownych organów wniosek o przeprowadzenie postępowania w wyniku którego, CEVA Freight (Poland) Sp. z o. o. uzyska Certyfikat Bezpieczeństwa Przemysłowego, a wyznaczeni pracownicy uzyskają świadectwa bezpieczeństwa osobowego do żądanego poziomu. (...)”. W dniu 30.11.2012 r. opublikowano ogłoszenie o zamówieniu wraz z wymogami, które były podstawą późniejszego wykluczenia Odwołującego, tudzież udzielania wyjaśnień ze strony Przystępującego ich treść przykładowo została przytoczona poniżej w ramach pisma z dnia 22.04.2013 r.

Z kolei w ramach kolejnego pisma Odwołującego z dnia 18.12.2012 r. (po wszczęciu formalnym postępowania – ogłoszeniem z 30.11.2012 r.) skierowanego do Zamawiającego stwierdzono m.in., że: „(...) C. [Pkt. III 2.1. 2.2.4] Po trzecie, Zamawiający w jednym z warunków udziału w Przetargu określił wymóg dysponowania Agentem Celnym posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa osobowego do poziomu „tajne”. Jako formę zatrudnienia zamawiający określił zatrudnienie bezpośrednio przez wykonawcę, bądź na zasadzie umowy z partnerem, który takiego agenta zatrudnia. W ocenie Wykonawcy może być to wymóg faworyzujący obecnego wykonawcę świadczącego usługi celno-spedycyjne na rzecz Ministerstwa Obrony Narodowej. W czasie przygotowywania do przetargu Wykonawca wykonał szereg czynności mających na celu znalezienie ewentualnego partnera, który zatrudniałby Agentą Celnego z poświadczeniem bezpieczeństwa osobowego do poziomu „tajne”. Z przeprowadzonych rozmów z potencjalnymi kandydatami do współpracy, mającymi wieloletnie doświadczenie na rynku usług celno-spedycyjnych oraz udowodnione portfolio wykonanych usług, w tym na rzecz przemysłu obronnego, wszyscy rozmówcy potwierdzili, iż nie są znane przypadki agentów celnych spełniających przedmiotowe kryterium prawdopodobnie poza wyjątkiem obecnego usługodawcy MON. Przetarg został ogłoszony pod koniec listopada 2012 roku z terminem złożenia dokumentacji potwierdzającej spełnienie wymogów miesiąc później. Tym samym, w tak krótkim terminie, niemożliwe jest spełnienie wymienionych warunków przez innych wykonawców, jeżeli chcieliby uprawnienia takie uzyskać. Z posiadanego doświadczenia wiemy, iż czas potrzebny na uzyskanie

poświadczenie bezpieczeństwa osobowego do poziomu tajne wynosi min. 6 miesięcy, a czasami wydłuża się do półtora roku. Chcielibyśmy podkreślić, iż wykonawca złożył stosowną aplikację do właściwej jednostki administracji publicznej o przyznanie Certyfikatu Bezpieczeństwa Przemysłowego oraz Poświadczeń Bezpieczeństwa Osobowego dla ośmiu pracowników, w tym dla osoby posiadającej uprawnienia Agenta Celnego, w czerwcu br. i nadal postępowanie nie zostało zakończone. Zdaniem wykonawcy nie można ignorować wypracowanej na przestrzeni ostatnich kilku lat judykatury Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) i sądów powszechnych, które jednoznacznie nakazują respektowanie zasady zachowania konkurencji i proporcjonalności wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO z dnia 12 lipca 2011 r. o sygn. akt 1367/11 izba stwierdziła, że „ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Zgodnie z mocno ugruntowanym i wielokrotnie powtarzanym przez Krajową Izbę Odwoławczą poglądem „do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść na skutek celowej eliminacji wykonawców i doprowadzenia do sytuacji, w której tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu” (Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO/KD 69/12). W wyroku KIO z dnia 24 lutego 2012 r. o sygn. akt 318/12 izba uznała, że „dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.” Dodatkowo KIO uznała, że „ocenę zasadności warunku udziału w postępowaniu i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa zostały wykonane, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania.” (Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 62/07). Zarzut nierównego traktowania wykonawców poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający bądź uniemożliwiający udział zainteresowanych podmiotów był także wielokrotnie przedmiotem innych postępowań np. wyrok KIO z 11.2.2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1926/09, wyrok KIO z 16.7.2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1291/10, wyrok ZA

z 30.1.2007 r. o sygn. akt UZP/ZO/0-88/07 oraz wyrok ZA z 6.9.2006 r. o sygn. akt UZP/ZO/0-2433/06. Ponadto, należy wskazać, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (Departament Kontroli w Urzędzie Zamówień Publicznych), w swych raportach i zaleceniach pokontrolnych wielokrotnie wskazywał na nagminne naruszenie przez Zamawiających zasady proporcjonalności w opisywaniu wymogów przetargowych oraz ograniczenie konkurencji, jako obszar szczególnego zainteresowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w kontrolowanych jednostkach Zamawiających. Warunki stawiane przez Zamawiającego w Przetargu, które mogą spowodować, iż tylko jeden wykonawca jest w stanie złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w Przetargu i nie zostanie on wykluczony powoduje również dla Zamawiającego duże zagrożenie, iż całe postępowanie przetargowe, jako sprzeczne z podstawowymi zasadami PZP nie będzie podlegało konwalidacji i jedyną opcją będzie unieważnienie całego postępowania Przetargowego przez Zamawiającego lub unieważniania zawartej umowy poprzez wystąpienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem w trybie art. 168 pkt 3) PZP. Przy tak opisanych warunkach udziału w Przetargu, nawet gdy żaden wykonawca nie złoży wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie zostanie zakwalifikowany do udziału w postępowaniu, lub nie zostanie złożona jakakolwiek ważna oferta, mało uzasadnionym prawnie będzie również wystąpienie przez Zamawiającego z zamówieniem z wolnej ręki określonym w trybie art. 66-68 PZP. Reasumując, aktualne warunki udziału postawione przez Zamawiającego, jak sądzimy w dobrej wierze, są niekorzystne zarówno dla potencjalnych wykonawców jak i samego Zamawiającego. Potencjalni wykonawcy, ze względu na nieproporcjonalnie postawione warunki udziału w Przetargu, posiadając niewątpliwie potencjał i doświadczenie w świadczeniu tego typu usług w Europie i na świecie, pozbawieni zostali faktycznej możliwości ubiegania się o udział w Przetargu i szansy na uzyskanie zamówienia publicznego, a sam Zamawiający w dalszym ciągu prowadząc postępowanie z naruszeniem zasady proporcjonalności i zachowania konkurencji, ryzykuje, iż będzie zmuszony do unieważnienia postępowania samodzielnie lub też tak zawarta umowa może zostać unieważniona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 168 pkt 3) PZP. Wykonawca wychodzi z założenia, iż formalne składanie środków ochrony prawnej w celu piętnowania zamawiających przed organami państwa kontrolującymi proces udzielania zamówień publicznych jest niecelowe i nie służy szybkości prowadzenia przetargów publicznych. Szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający ujawnia intencję przeprowadzenia postępowania przetargowego zgodnie z naczelnymi zasadami PZP w tym - zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu. Ze względu na fakt, iż do daty złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu pozostało jeszcze ponad 8 dni wnosimy o takie sprostowanie wymagań warunków udziału w postępowaniu (w tym w sposób przedstawiony w niniejszym piśmie)

w taki sposób, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 PZP i tym samym dopuści się większą liczbę podmiotów do udziału w Przetargu, co pozwoli na spełnienie podstawowych zasad Prawa Zamówień Publicznych. Jeżeli Zamawiający uzna, że wprowadzenie zmian będzie wymagać dodatkowego czasu, wnosimy o przedłużenie ostatecznego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Takie požądane zachowanie Zamawiającego umożliwi przeprowadzenie rzetelnego Przetargu na zasadach równości, proporcjonalności i transparentności oraz nie spowoduje unieważnienia jego wyników w przyszłości. W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie o zmianę oraz o odstąpienie od części warunków.”.

Następnie należy podnieść, że Zamawiający pismem z dnia 22.04.2013 r. poinformował o powtórzeniu czynności spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w stosunku do Odwołującego oraz wezwaniem do wyjaśnień w stosunku do Przystępującego zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 02.03.2013 r., sygn. akt: KIO 621/13: „1) WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW

Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP, wzywa Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. w Warszawie oraz KENBIT Koenig i Wspólnicy S.J. w Warszawie, do:

uzupełnienia brakującego oświadczenia potwierdzającego zatrudnienie przez ww. Wykonawców, w ich infrastrukturze magazynowo-biurowej zlokalizowanej w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy, na dzień składania wniosku (28.01.2013 r.), przynajmniej jednego agenta celnego posiadającego aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne”, który będzie mógł wykonywać czynności związane z dostępem do informacji niejawnych zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 Nr 182, poz. 1228), zawierającego m.in. następujące informacje:

- numer państwowej licencji aktualnej na dzień złożenia wniosku,
- podstawa dysponowania (zatrudnienia) tą osobą (umowa stała, umowa zlecenia, umowa o dzieło, itp.),
- poziom dostępu do informacji niejawnych na podstawie aktualnego poświadczenia bezpieczeństwa, upoważniającego tego agenta do dostępu do informacji niejawnych,
- miejsce wykonywania zleceń przez tego agenta.

Postać ww. oświadczenia: zgodnie ze wzorem zawartym w zał. nr 5 do Instrukcji dla Wykonawców zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego: <http://www.iu.wp.mil.pl>, zakładka »przetargi«, »IU/303/IV-56/ZO/PO/USŁ/K/2012«, »załączniki«, »2012-12-07 zał nr 5-wz wykazu osób«.

Uzasadnienie: Powyższy wymóg posiadania lub dysponowania agentem celnym posiadającym aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, wynika z zapisów w sekcji 1112.3

pkt 1.1.5.f i sekcji III 2.3 pkt 2.1.5 ogłoszenia do Unii Europejskiej w sprawie postępowania nr 381021-2012-PL (opublikowanego w Dz. U. nr S 231 z dn. 30.11.2012, zmienionego sprostowaniem nr 390731-2012-PL w Dz. U. S 238 z dn. 11.12.2012 i sprostowaniem nr 396943-2012-PL w Dz. U. S 242 z dn. 15.12.2012), w związku z zapisami w sekcji III 2.1 pkt 1.2.4 i sekcji III 2.3 pkt 1.1 ww. ogłoszenia do Unii Europejskiej (powtórzonych odpowiednio w § IV cz. A ppkt 3.5.f, § V pkt 14 oraz § IV cz. A pkt 1.1.4 i pkt 3 zdanie pierwsze ww. Instrukcji dla Wykonawców).

Wykonawca: CEVA Freight (Poland) Sp. z o.o. przedstawił na str. 173-174 wniosku z dn. 28.01.2013 r. imienny wykaz agentów wraz z numerem państwowej licencji aktualnej na dzień złożenia wniosku oraz podstawą dysponowania (zatrudnienie) tymi osobami (np. umowa stała, zlecenia, o dzieło, itp.), natomiast nie wskazał w ww. oświadczeniu agentów celnych posiadających poświadczenia bezpieczeństwa aktualne na dzień składania wniosku, upoważniające tych agentów do dostępu do informacji niejawnych do poziomu „tajne”.

2) WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ

Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy PZP, wzywa Wykonawcę: UTi Poland Sp. z o.o. w Warszawie, do wyjaśnienia:

a) czy certyfikat Wewnętrznego Systemu Kontroli („certyfikat WSK”), przedstawiony przez Wykonawcę w zał. nr 16 (str. 28) wniosku z dn. 28.01.2013 r., jest ważny po dniu 04.03.2013 r. oraz przez okres trwania niniejszego postępowania i przez okres ważności umowy ramowej (jeśli zostanie zawarta z Wykonawcą UTi Poland Sp. z o.o.).

Uzasadnienie: Wymóg posiadania Certyfikatu WSK wynika z zapisu w sekcji III 2.1 pkt: 1.2.4 i 2.2.3 ww. ogłoszenia do Unii Europejskiej (powtórzonego w § IV cz. A ppkt 1.1.3 oraz w § V pkt. 9 ww. Instrukcji dla Wykonawców).

Wykonawca UTi Poland Sp. z o.o. złożył w załączniku nr 16 na str. 28 wniosku z dn. 28.01.2013 r., kopię wymaganego certyfikatu WSK. z treści certyfikatu wynika, że był on ważny na dzień składania wniosków (28.01.2013 r.), jednak jego data jego ważność upłynęła w dniu 04.03.2013 r., tj. w trakcie postępowania. Zamawiający potwierdza zatem spełnianie przez Wykonawcę omawianego warunku posiadania certyfikatu WSK na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednakże - mając na względzie powodzenie wykonania umowy z należyłą starannością, w razie wyłonienia Wykonawcy UTi Poland Sp. z o.o., Zamawiający pragnie wyjaśnić kwestie ważności certyfikatu po dacie 04.03.2013 r. (...).

W ramach pisma z dnia 24.04.2013 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na stosowne wezwanie: „(...) Do pkt 2.1 Wezwania

W odniesieniu do wezwania do przedstawienia oświadczenia potwierdzającego zatrudnienie przez Wykonawców, w warunkach określonych w treści Wezwania, agenta celnego posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji

niejawnych o klauzuli „tajne” podkreślenia wymaga fakt, iż Wykonawcy złożyli już dokumentację dotyczącą agenta celnego Pana K..... B..... posiadającego stosowne uprawnienia do wykonywania tego zawodu i zatrudnionego przez CEVA Freight (Poland) Sp. z o. o. w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony. Dodatkowo w toku postępowania o udzielenie przetargu złożone zostało Zamawiającemu pismo Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego potwierdzające fakt prowadzenia przez ABW, na skutek wniosku złożonego przez pracodawcę już w czerwcu 2013 r., postępowania sprawdzającego celem przyznania Panu B..... (oraz 7 innym osobom z CEVA Freight sp. z o.o.) poświadczenia bezpieczeństwa osobowego o klauzuli „tajne”. Procedura przyznania poświadczenia pomimo ustawowego 6 miesięcznego terminu na załatwienie sprawy nie została jednak zakończona.

Celem wyjaśnienia wskazać należy, iż ustawodawca w art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnej przewidział możliwość wyrażenia pisemnej zgody przez właściwe organy na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne” wobec przedsiębiorcy nieposiadającego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego lub poświadczenia bezpieczeństwa (w przypadku przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście) już w momencie, gdy wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. Zgodnie z tymże artykułem pisemną zgodę na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „może wyrazić Szef Kancelarii Prezydenta RP, Szef Kancelarii Sejmu, Szef Kancelarii Senatu, Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, minister właściwy dla określonego działu administracji rządowej, Prezes Narodowego Banku Polskiego, kierownik urzędu centralnego, a w przypadku ich braku odpowiednio Szef ABW albo Szef SKW.” Niezależnie od powyższego należy podnieść, że wymóg zatrudniania agenta celnego posiadającego aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające do dostępu do informacji niejawnej o klauzuli „tajne” został zawarty w części A, pkt 3.5.lit. f zamówienia publicznego o sygnaturze akt IU/303/IV56/ZO/PO/USŁ/K/2012. W tym samym dokumencie (część A punkt 1 ppkt 1.4) Zamawiający zawarł natomiast wymóg posiadania zdolności ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” jednak bez konieczności ich przetwarzania w użytkowanych przez siebie obiektach, a w konsekwencji posiadanie przez Wykonawców Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego trzeciego stopnia (Sekcja III 2.1 pkt 2.2.4 ogłoszenia UE dot. ww. postępowania).

Wyżej wymienione warunki w ocenie CEVA Freight (Poland) sp. z o. o. oraz KENBIT Koenig i Wspólnicy sp. j. stoją zatem w sprzeczności z:

1. art. 22. ust 1 ustawy PZP, który stanowi, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące (...) 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia;(...)", oraz

2. art. 22 ust 4 ustawy PZP, zgodnie z którym „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.”

Instrukcja dla Wykonawców z dnia 27.12.2012 zamieszczona na stronie internetowej Inspektoratu Uzbrojenia MON określa, iż „przedmiotem zamówienia jest obsługa celno-spedycyjna towarów przewożonych lub wywożonych do/z Polski z/do USA lub innych krajów, dokonywana na rzecz jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej”. Wprowadzenie warunku szczególnego posiadania, co najmniej jednego agenta celnego posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniającego do dostępu do Informacji niejawnej o klauzuli „tajne” narusza natomiast postanowienia cytowanego wyżej art. 22 ust 4, gdyż nie jest on związany z przedmiotem zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że Świadcstwo Bezpieczeństwa Przemysłowego trzeciego stopnia pomimo posiadania przez agenta celnego poświadczenia bezpieczeństwa osobowego o klauzuli „tajne”, nie pozwala na przetwarzanie informacji niejawnych w systemach komputerowych wykorzystywanych przez Wykonawcę, ani w użytkowanych przez niego obiektach, co wydaje się rzeczą absolutnie niezbędną do przygotowania choćby zgłoszenia celnego, bądź dokumentacji przewozowej. W ocenie Wykonawcy CEVA Freight (Poland) sp. z o. o. oraz KENBIT Koenig i Wspólnicy sp. j. realizacja zleceń spedycyjnych oraz czynności celnych przez spedytora w oparciu o trzeci stopień Świadcstwa Bezpieczeństwa Przemysłowego jest niemożliwa w zakresie opisanym w ww. zamówieniu. Minimalnym poziomem gwarantującym wykonanie zlecenia spedycyjnego wraz z czynnościami celnymi jest posiadanie Świadcstwa Bezpieczeństwa Przemysłowego drugiego stopnia z racji posiadania kancelarii tajnej oraz możliwości przechowywania w niej treści i ich przetwarzania bądź rzeczy stanowiących tajemnicę w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnej. Pragnę zauważyć, że zarówno CEVA Freight Poland Sp. z o. o. jak i KENBIT Koenig i Wspólnicy sp. j. (dalej również: konsorcjum wykonawców) zatrudnia osoby posiadające poświadczenia bezpieczeństwa osobowego do poziomu tajne, które jednak nie mają uprawnień agenta celnego. Konsorcjum legitymuje się posiadaniem Świadcstwa Bezpieczeństwa Przemysłowego pierwszego stopnia, co pozwala na realizację zlecenia spedycyjnego w pełnym zakresie przewidzianym zamówieniem. Wobec faktu, iż Świadcstwo Bezpieczeństwa Publicznego III stopnia, którego, żąda Zamawiający jest niewystarczającym dla świadczenia usług opisanych zamówieniem i przedmiot zamówienia wymaga posiadania świadectwa co najmniej II stopnia, tym samym niezrozumiałą jest brak rezygnacji przez Zamawiającego z warunku, który jest bezprzedmiotowy w niniejszym postępowaniu. Żądanie przez Zamawiającego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który spełnia tylko jeden podmiot.

Konsorcjum, przeprowadziło w trakcie przetargu, przegląd podmiotów, które posiadają agentów celnych z uprawnieniami żądanym w niniejszym postępowaniu i o jakim była mowa w wezwaniu Zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2013. Wykonawcy po zweryfikowaniu informacji w wielu podmiotach trudniących się działalnością celną, a także w organach administracji publicznej dochodzą do wniosku, iż jedynym podmiotem (Wykonawcą), który posiada takiego agenta jest konkurencyjny wykonawca UTI Poland Sp. z o.o. Chcemy również podkreślić bardzo istotny inny aspekt tego wymogu. W poprzednim postępowaniu przetargowym, które miało miejsce w 2009 roku, Zamawiający nie wymagał posiadania tego typu uprawnień. Zakres usług, jakich wymaga Zamawiający, nie zmienił się od tamtego czasu. Tym samym w ocenie konsorcjum wykonawców, postawienie przez Zamawiającego warunku, który jest, co zostało wykazane powyżej bez znaczenia merytorycznego dla przedmiotu postępowania oraz fakt, iż warunek ten na dzień ogłoszenia i składania wniosków o dopuszczenie spełniał tylko podmiot konkurencyjny, który jednocześnie jest dotychczasowym wykonawcą świadczącym tego typu usługi, poddaje pod wątpliwość zastosowanie się przez Zamawiającego do dyspozycji art. 7 ust. 1 PZP. Takie działanie Zamawiającego, zdaniem konsorcjum wykonawców mając na uwadze wyżej wymienione fakty, powoduje ewidentne ograniczenie konkurencji przez Zamawiającego, wobec takiej kreacji warunków przetargowych, gdzie zwycięzcą może być tylko jeden podmiot. Warunki stawiane przez Zamawiającego w Przetargu, które mogą spowodować, iż tylko jeden wykonawca może będzie w stanie złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w Przetargu i nie zostanie on wykluczony powoduje również dla Zamawiającego duże zagrożenie, iż całe postępowanie przetargowe, jako sprzeczne z podstawowymi zasadami PZP nie będzie podlegało konwalidacji i jedyną opcją będzie unieważnienie całego postępowania Przetargowego przez Zamawiającego lub unieważniania zawartej umowy poprzez wystąpienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem w trybie art. 168 pkt 1) PZP.

W całej rozciągłości konsorcjum wykonawców podtrzymuje swoją argumentację uprzednio przedstawioną w piśmie do Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2012 roku. Ponadto konsorcjum wykonawców pragnie zaawizować Zamawiającemu, iż w razie kontynuowania postępowania przetargowego w sposób, który ewidentnie ogranicza konkurencję i umożliwia spełnienie warunku (bezzasadnego zresztą merytorycznie, co zostało udowodnione) tylko jednemu podmiotowi, (co więcej, aktualnie wykonującemu zamówienie tego samego rodzaju na rzecz Zamawiającego), konsorcjum wykonawców podejmie wszelkie dopuszczalne prawem czynności mające na celu zaawizowanie i zweryfikowanie zaistniałej sytuacji nie tylko Krajowej Izbie Odwoławczej

Do pkt 2.2 (a) Wezwania

Odnosząc się natomiast to kwestii certyfikatu WSK spółki UTi Poland sp. z o.o. w pierwszej kolejności wskazać należy, iż w myśl art. 9 ust. 6 pkt 3 oraz art. 11 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (dalej „Ustawa”) posiadanie ważnego certyfikatu WSK jest niezbędne do uzyskania indywidualnego lub globalnego zezwolenia na wywóz, na usługę pośrednictwa, na przywóz i na tranzyt uzbrojenia oraz na pomoc techniczną i na transfer wewnątrzunijny w zakresie towarów o znaczeniu strategicznym. Posiadanie ważnego certyfikatu WSK przez Wykonawcę ma kluczowe znaczenie dla realizacji kontraktu objętego przetargiem. Bez wątplenia jednak przedstawiony w dokumentacji przetargowej przez Wykonawcę UTi Poland sp. z o.o. certyfikat WSK utracił ważność w dniu 4.03.2013 r. Zgodnie bowiem z treścią art. 11 ust. 6 Ustawy, certyfikaty WSK mogą być wydawane na okres 3 lat, a po jego upływie ważność certyfikatu WSK wygasa. Przepisy Ustawy nie przewidują tu żadnej procedury warunkowego wydawania, czy przedłużania ważności certyfikatów ponad okres, na który zastały wydane. Wobec powyższego w każdym wypadku nadejścia terminu ważności certyfikatu WSK, celem zachowania jego ciągłości, bezwzględnie wymagane jest przeprowadzenie audytu odnowienia po uprzednim złożeniu wniosku w tym przedmiocie przez zainteresowany podmiot najpóźniej na 3 miesiące przed upływem terminu ważności certyfikatu WSK. Wobec powyższego oczywiście bezzasadnymi pozostają tu twierdzenia Wykonawcy o uzyskaniu warunkowego certyfikatu WSK od właściwej jednostki certyfikującej, przyrzeczenia jego wydania, czy choćby przedłużaniu ważności już posiadanego przez podmiot certyfikatu na czas trwania audytu, gdyż przepisy prawa nie przewidują w ogóle takiego instrumentu. Oczywistym jest, iż po upływie okresu, na który certyfikat został wydany UTi Poland sp. z o.o. tj. po 4.03.2013 r. jego ważność wygasła. O ile, zatem na dzień złożenia wniosku o przystąpieniu do przetargu, Wykonawca aktualny certyfikat WSK posiadał, o tyle nie zapewnił jego ciągłości choćby w toku samego tylko postępowania o udzielenie przetargu i na czas oceny dokumentacji przez MON. Taki stan rzeczy jednoznacznie wskazuje także na fakt, że Wykonawca UTi Poland sp. z o.o. nie daje rękojmi wykonania umowy z należytą starannością w razie wyłonienia go w toku przedmiotowego przetargu. Co należy podkreślić, nie są prawdziwe twierdzenia zawarte w piśmie wystawionym przez dyrektora jednostki certyfikującej, jakie UTi Poland przedstawił na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2013 roku. Konsorcjum Wykonawców dodatkowo potwierdziło, iż nie ma możliwości przedłużania ważności takich certyfikatów w Ministerstwie Gospodarki w Departamencie Kontroli Exportu. Stąd UTi Poland Sp. z o.o. nie spełniał warunków udziału z przetargu, po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału, co również należy podkreślić, wynikało to li tylko z powodu zaniedbania i niezłożenia wniosku o przedłużenie certyfikatu w odpowiednim czasie (przed wygaśnięciem poprzedniego). Tym

samym wszelkie inne wyjaśnienia będą informacjami nieprawdziwymi, co kreuje obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia przez Zamawiającego na rzecz UTI Poland Sp. o.o. jest fakt, iż wykonawca ten ponownie rozpoczął procedury o uzyskanie takich certyfikatów na nowy okres, nawet, jeżeli je uzyskał. Podsumowując ogół powyżej przytoczonych okoliczności nie pozostawia wątpliwości fakt, że podmioty biorące udział w przetargu traktowane są w sposób zróżnicowany, co narusza zasadę uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7. ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie sposób, bowiem nie zauważyć, że stawiane w przetargu wymogi nie mające merytorycznego uzasadnienia są dopasowane do możliwości konkretnego Wykonawcy (wymóg dotyczący uprawnień agentów celnych) z nieuzasadnionym pominięciem szerszych i gwarantujących wykonanie kontraktu na najwyższym poziomie uprawnień i kompetencji oferowanych przez konsorcjum CEVA (posiadanie uprawnień Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego pierwszego stopnia). Jednocześnie jednak w sposób uporczywy bagatelizowane zdają się być przez Zamawiającego uchybienia tegoż Wykonawcy istotnym i mającym zasadnicze znaczenie dla prawidłowego wykonywania umowy warunkom przetargu (niezachowanie kontynuacji ważności certyfikatu WSK niezbędnego do uzyskania i utrzymywania potrzebnych zezwoleń). (...)

W ramach wyjaśnień przesłanych przez Przystępującego z dnia 24.04.2013 r. udzielonych Zamawiającemu na stosowne wezwanie m.in. stwierdzono: „(...) Odnośnie Certyfikatu Wewnętrznego Systemu Kontroli (dalej: Certyfikat WSK), niniejszym potwierdzamy, iż jest on ważny przez cały okres prowadzonego postępowania, jak również przez okres trwania umowy ramowej w przypadku jej zawarcia. W trakcie postępowania prowadzony był bowiem audyt odnawialny przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji S.A. i przedmiotowy Certyfikat WSK został już przedłużony na następny okres certyfikacji od dnia 05.03.2013 r. do dnia 04.03.2016 r. (zał. nr 1). Nadmieniam, iż dołączony do wniosku Certyfikat WSK w trakcie trwania audytu zachowywał swoją ważność, co potwierdza również dołączone do niniejszych wyjaśnień oświadczenie z dnia 19 marca 2013 roku podpisane przez p. T..... G..... - Dyrektora ds. Badań i Certyfikacji (zał. nr 2). (...)”

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego bezprawne zastosowanie wobec Odwołującego i wykluczenie z postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający miał świadomość, iż jedynie UTI Poland Sp. z o.o. na dzień ogłoszenia postępowania dysponuje agentem celnym posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” w myśl ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228) i niemożliwym jest wykazanie wyżej

wymienionego warunku przez jakikolwiek podmiot konkurencyjny w tym Odwołującego, przy jednoczesnym zignorowaniu faktu, iż Odwołujący posiada uprawnienia wyższego stopnia gwarantującego prawidłową realizację usługi będącej przedmiotem zamówienia, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Izba w tym zakresie nie uznała zarzutu, gdyż mimo braku możliwości formalnego odrzucenia odwołania, chociażby z uwagi na brak możliwości częściowego odrzucenia odwołania, jak i pojawienie się w postępowaniu nowych informacji i dokumentów, należy niewątpliwie stwierdzić, że formalne dochowania terminu na zaskarżenie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie zmienia faktu, iż sformułowany zarzut miał charakter spóźniony. Nie został on bowiem postawiony na etapie ogłoszenia o zamówieniu, ale po upływie terminu na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a ściśle po czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Nadto, przeprowadzona rozprawa potwierdziła, że w ramach niniejszego zarzutu Odwołujący kwestionuje faktyczną zasadność takiego, a nie innego wymogu, czy też potrzeby w tym zakresie po stronie Zamawiającego. W ocenie Izby, Odwołujący godził się na wymóg, który ostatecznie stał się podstawą jego wykluczenia, do momentu, gdy okazało się, czy też stało się dla niego „jasne”, że osoby zgłoszone do postępowania sprawdzającego (pismo z ABW z 19.12.2012 r., tudzież informacja w ramach pisma z dnia 16.05.2011 r./wpływ 21.05.2012 r./) – jego agencji celni – nie uzyskają stosownych poświadczeń bezpieczeństwa, w odpowiednim czasie i nie udało się Odwołującemu pozyskać stosownych agentów celnych z poświadczeniami w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp. Izba doszła do powyższych wniosków na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w tym także dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Przykładowo, w ocenie Izby, Odwołujący jednoznacznie zrozumiał treść ogłoszenia o zamiarze z dnia 26.10.2011 r., powyższe potwierdza pismo z dnia 16.05.2011 r. (wpływ 21.05.2012 r.) - w pierwszym fragmencie przytoczonym w ustaleniach, które jednoznacznie odnosi się do przedmiotowego ogłoszenia oraz wskazuje na działania jakie podjął Odwołujący w tym zakresie, to jest wszczęcie w dniu 26.04.2012 r. na jego wniosek – postępowania sprawdzającego wobec wyznaczonych agentów celnych, czyli 7 miesięcy przed formalnym ogłoszeniem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. W konsekwencji późniejsze działania Odwołującego, który po wszczęciu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w dniu 18.12.2012 r. – stosowne pismo skierowane do Zamawiającego – ogranicza się jedynie do wystosowania owego pisma z wnioskiem o zmianę, jest niezrozumiałe. Po pierwsze, dlatego, że takie postępowanie sprawdzające wobec jego agentów celnych trwało ówczesnie ponad pół roku (dokładnie ponad 7 miesięcy), po drugie, że nie zakładał ewentualnej odmowy właściwego organu. Analiza pisma z dnia 18.12.2012 r. wskazuje nadto, że Odwołujący dysponował gotowym *de facto* odwołaniem, lecz świadomie

i z rozmysłem, świadczy o tym, w szczególności końcowy fragment przywołany w ustaleniach, zrezygnował ze składania środków ochrony prawnej. Z tych samych względów Izba nie może przyjąć stanowiska Odwołującego, co do konieczności uznania przez Zamawiającego za wystarczającą okoliczności posiadania osób fizycznych dysponujących wymaganym poświadczeniem bezpieczeństwa nie będących agentami celnymi – uznając przedłożony w tym zakresie dowód – w postaci 4-ch kopii poświadczenia bezpieczeństwa na rzecz wskazanej osoby fizycznej będącej pracownikiem Odwołującego, ale nie agentem celnym, za bezprzedmiotowy wobec wyraźnego wymogu sformułowanego przez Zamawiającego w tym zakresie. Odnośnie kwestii dotyczącej - kopii świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia z dnia 24.07.2012 r. na rzecz wskazanego przedsiębiorcy - niniejszy dokument nie daje wystarczającej podstawy do uznania twierdzeń Odwołującego. Bezsprzecznie bowiem poczynszy od ogłoszenia o zamiarze wszczęcia postępowania z dnia 26.10.2011 r. rozróżniał Odwołujący dwa rodzaje certyfikatów, które będą wymagane przez Zamawiającego (wynika to z pisma z dnia 16.05.2011 r. /wpływ 21.05.2012 r./). Certyfikat - świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia z dnia 24.07.2012 r. na rzecz wskazanego przedsiębiorcy dotyczy niewątpliwie przedsiębiorcy, a nie osób fizycznych. W konsekwencji uwzględniając powyższe, a także przepisy ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228) wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze wszczęcia postępowania, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz na rozprawie, nie ma możliwości wobec przyjętego podziału, aby dokument przedłożony na rozprawie przez Odwołującego, a znajdujący się również w złożonym przez niego wniosku (str.155) „*konsumował*” wymóg, który był podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wobec UTI Poland Sp. z o.o., który w toku wyjaśnień złożył nieprawdzie informacje co do ciągłości obowiązywania certyfikatu Wewnętrznego Systemu Kontroli obowiązującego po dacie 04.03.2013 r., oraz uwzględnienie w toku wyjaśnień nowego certyfikatu WSK, który to dokument nie odzwierciedla rzeczywistego stanu i w toku zebranego materiału dowodowego należy go uznać za antydatowany, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

Izba podkreśla, że poprzednie orzeczenie Izby rozstrzygnęło tą kwestie, jednakże przedłożenie w toku postępowania wyjaśniającego wyjaśnienia wraz Certyfikatem Systemu Zarządzania z dnia 05.03.2013 r. wystawionym przez PCBiC S.A., w połączeniu ze sformułowanym zarzutem spowodowało konieczność analizy zarzutu i zgromadzonego materiału dowodowego „*pod tym kątem*”.

Kluczowym jest stanowisko jednostki certyfikującej przedstawione na rozprawie przez Przystępującego – pismo z dnia 22.05.2013 r. Dyrektora ds. Badań i Certyfikacji jednostki certyfikującej (PCBiC S.A.) wraz z korespondencją emaliową oraz Zasadami Certyfikacji Systemów Zarządzania w PCBC S.A. Wynika z niego, że nie mamy do czynienia ze złożeniem nieprawdziwej informacji, ale sytuacją, gdy ważność poprzedniego certyfikatu nie wygasła, gdyż przeprowadzony audyt poprzedzający wystawienie Certyfikatu Systemu Zarządzania z dnia 05.03.2013 r. – nie był audytem wznowienia tylko audytem odnowienia. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu przeciwnego, w tym zakresie, ograniczając się do prób podważania wiarygodności jednostki certyfikującej, której certyfikaty także załączył do swojego wniosku (str. 136 i 138), funkcjonującej według określonych zasad (przedłożone na rozprawie przez Przystępującego) i której działanie jest także weryfikowane. Z tych względów nie można także uznać, że miała miejsce sytuacja antydatowania.

Dodatkowo, należy podkreślić, co także podnoszono w orzeczeniu z dnia 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 621/13, że wymóg w zakresie przedmiotowego certyfikatu odnosił się do terminu składania wniosków, zaś kwestia ciągłości wynikała raczej z racjonalnego punktu widzenia, nie zaś z faktycznych postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Przy czym, w konsekwencji przeprowadzonego postępowania dowodowego, także na rozprawie w dniu 28.05.2013 r. owa ciągłość certyfikacji została potwierdzona.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu alternatywnego naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie umorzenia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Izba uznaje niniejszy zarzut za chybiony.

W tym zakresie, Izba wskazuje na powiązanie zarzutu alternatywnego z zarzutem pierwszym, implikuje powyższe w dużej mierze aktualność argumentacji, przedstawionej przy jego rozpatrywaniu. Należy przy tym stwierdzić, że kwestionowany wymóg ogłoszenia o zamówieniu będący podstawą wykluczenia Odwołującego, wynikał z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, który dokonała jego określenia po analizie kilku ustaw – tj. ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228) i ustawy z dnia 19 marca 2004 r. Prawo celne (Dz. U. z 2004 r. Nr 68, poz. 622 z późn. zm.), przy jednoczesnym dostosowaniu wymogów postępowania do aktualnie obowiązujących przepisów, nie poprzestając na wymogach sformułowanych w postępowaniu prowadzonym w 2008 r. Powyższe znajduje także swoje potwierdzenie w argumentacji dodatkowej przedstawionej przez strony, a w szczególności Zamawiającego pod koniec rozprawy w dniu 28.05.2013 r. /po umożliwieniu przedstawienia dodatkowego stanowiska przez Odwołującego/, którą Izba uznaje za wiarygodną i przyjmuje za własną.

Izba podkreśla, że w sytuacji żądania unieważnienia postępowania – w razie nie uznania pierwszego zarzutu – tworzy się sytuacja, taka jak wynikała z orzeczeń przywołanych przez Zamawiającego i Przystępującego. Należy zauważyć, że sam Odwołujący, uzależniał niniejszy zarzut od nieuznania pierwszego zarzutu, czyli zdawał sobie sprawę, co do swojego statusu w takiej sytuacji. W konsekwencji Odwołujący nie ma interesu w żądaniu unieważnienia postępowania, w którym traci status uczestnika. Jednakże, opierając się na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08, w sytuacji braku interesu, Izba może, ale nie musi odnieść się do zarzutu. W ocenie Izby, konieczne było przedstawienie argumentacji kierując się faktyczną wagą alternatywnego zarzutu i ewentualnymi negatywnymi konsekwencjami wobec Zamawiającego. Powyższe dotyczy również w istocie pierwszego zarzutu, gdyż Izba, co do zasady wobec jego spóźnionego charakteru winna pozostawić go bez merytorycznego rozpatrzenia, jednakże kierując się dobrem postępowania przedstawiła swoje stanowisko.

Kontynuując argumentację względem zarzutu alternatywnego, Izba stwierdza, że Odwołujący, jak wynika ze stanu faktycznego, wiedział o sformułowanym wymogu poczynając od ogłoszenia o zamiarze wszczęcia postępowania, akceptował niniejszy wymóg i nie widział w nim „nieusuwalnej wadliwości postępowania”. Podobnie pismo z dnia 18.12.2012 r. nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie, gdyż Odwołujący skorzystał ze swobodnego „półśrodka”, a nie odwołania. Taka sama sytuacja ma miejsce w odwołaniu zakończonym wyrokiem z dnia 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 621/13 – dalej Odwołujący uważa wymóg, za nieprzejawiający charakteru „nieusuwalnej wady”. Dopiero po blisko 1,5 roku po ogłoszeniu o zamiarze wszczęcia postępowania dostrzega wadliwość wymogu, gdy jego wykluczenie staje się nieuchronne. Powyższe w połączeniu z wcześniejszą argumentacją przedstawioną do niniejszego zarzutu czyni zarzut nieuzasadnionym. Faktyczna możliwość jego spełnienia tylko przez Przystępującego nie wynika z celowego działania Zamawiającego, lecz określonych działań, czy też ich braku ze strony Odwołującego, który w żaden sposób nie zwracał uwagi organowi prowadzącemu postępowanie sprawdzające na konieczność sprawniejszego przeprowadzenia postępowania z uwagi na wymierne negatywne konsekwencje, wobec realnej możliwości zakończenia postępowania sprawdzającego wobec chociażby 1 osoby będącej agentem celnym z kilku zgłoszonych w przeciągu 2, 3 miesięcy. Izba w tym zakresie opiera się na doświadczeniu życiowym wynikającym z postępowania sprawdzającego przeprowadzonego względem członków Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

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

Przewodniczący :

.....