

**WYROK**  
**z dnia 23 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa** oraz **CPU Service Sp. z o.o., ul. Jana Żiżki 3, 03-117 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Comtegra S.A., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa** oraz **CPU Service Sp. z o.o., ul. Jana Żiżki 3, 03-117 Warszawa,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa** oraz **CPU Service Sp. z o.o., ul. Jana Żiżki 3, 03-117 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 2019 poz. 1843 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 – Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla centralnych systemów informatycznych ZCPD i wirtualizacji”, nr referencyjny: 73/BŁil/20/MP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.05.2020 r., nr 2020/S 097-231597.

Pismem z dnia 13.08.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa oraz CPU Service Sp. z o.o., ul. Jana Żiżki 3, 03-117 Warszawa (dalej: „odwołujący”), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, oraz o ich wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 23.07.2020 r. nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego oraz ewentualnie poprzez zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie powziętych przez zamawiającego wątpliwości,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 23 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania odwołującego ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VI ust. 1 pkt 1) siwz w związku z brakiem posiadania przez partnera konsorcjum ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego lub wyższego, potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej, wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 23 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści siwz w zakresie braku możliwości wykonania przez odwołującego obowiązków wynikających z ust. 4 pkt 2 i 3 Instrukcji

Bezpieczeństwa Przemysłowego w związku z brakiem posiadania przez partnera konsorcjum ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, co w ocenie zamawiającego, pozostaje równoznaczne z niezgodnością zobowiązania wykonawcy z wymaganiami siwz.

W szczególności odwołujący podniósł, że:

**Ad. Rażąco niska cena.**

„8. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na brak złożenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, brak przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz elementów mających wpływ na jej, brak opisanie sposobu przygotowania kalkulacji, brak odniesienia się do kwestii pomocy publicznej, czy też szczególnych rozwiązań wynikających z przepisów prawa i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienia. (...)

10. Odnosząc się do meritum, wskazać należy przedstawiony przez Odwołującego - w sposób klarowny i czytelny - podział kosztów na 4 kategorie, ściśle związane z finansowym zabezpieczeniem nie tylko postępowania o udzielenie zamówienia ale przede wszystkim pełnych kosztów realizacji usługi, objętej zamówieniem, zgodnie z wymogami Zamawiającego. A mianowicie: (1) części zamienne oraz III linia wsparcia, (2) koszt usług, (3) koszt wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, (4) pozostałe koszty.

11. W zakresie pierwszej kategorii, dotyczącej zabezpieczenia kosztów części zamiennych oraz III linii wsparcia (wsparcie techniczne dostawcy), Odwołujący wskazał, że za ten zakres zamówienia będzie odpowiedzialny Partner Konsorcjum, który przygotował stosowną ofertę cenową, będącą podstawą skalkulowania kosztów części zamiennych i załączoną jako dowód do wyjaśnień z dnia 23.07.2020 r. Nie bez znaczenia pozostaje, że spółka CPU Service sp. z o.o. - jako część międzynarodowego koncernu Evernex - korzystała z doświadczenia i wiedzy koncernu w zakresie świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego dla wielu podmiotów. Dysponuje więc informacjami co do tego, jaka jest częstotliwość awarii systemów informatycznych, których dotyczy przedmiot niniejszego zamówienia i jakie koszty są z tym związane. Niewątpliwie informacje są podstawą oceny i analizy ryzyka finansowego, związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie też dzięki tym informacjom jest możliwość przygotowania najbardziej wiarygodnej i adekwatnej do potrzeb oraz realiów współpracy z Zamawiającym wyceny kosztów w zakresie związanym z częściami zamiennymi.

12. Odwołujący przyjął zryczałtowany koszt części zamiennych w kwocie 396.000,00 zł netto rocznie, co daje 33.000,00 zł netto miesięcznie. Natomiast w przypadku kosztu świadczenia usługi wsparcia technicznego (koszt III linii wsparcia) – kwotę 60.000;00 zł netto rocznie, co daje 5.000,00 zł miesięcznie. Razem (części zamienne oraz III linia wsparcia) - 456.000,00 zł

netto rocznie, tj. 560.880,00 zł brutto (38.000,00 zł netto miesięcznie, tj. 46.740,00 zł brutto miesięcznie). Nie ulega wątpliwości, że wskazane wyżej koszty roczne i miesięczne, z założenia nie wydają się rażąco (!) niskie. Zresztą Zamawiający nie zakwestionował tego kosztu jako niewiarygodnego; nie przedstawił kontrargumentacji merytorycznej, z której wynikałyby znacznie większe realne koszty części zmiennych, ponoszone przez Zamawiającego w związku z serwisem pogwarancyjnym sprzętu, aniżeli koszty przyjęte przez Odwołującego. Zamawiający zarzucił jedynie brak wykazania założeń do kalkulacji oraz brak przedłożenia dowodów.

13. Nie bez znaczenia również pozostaje, że Odwołujący przyjął zryczałtowany charakter kosztu części zamiennych, nie zaś kosztorysowy. Stąd niezrozumiałe dla Odwołującego pozostaje, jakiego rodzaju dowodów w tym zakresie Zamawiający dodatkowo mógł oczekiwać od Odwołującego. Co więcej, jeżeli Zamawiający miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, powinien był wezwać Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w tym zakresie, czego - z całkowicie niezrozumiałych powodów - Zamawiający jednak nie uczynił. (...)

15. Przechodząc do drugiej kategorii kosztu usług serwisowych, zauważenia wymaga, że zostały one przedstawione w oparciu o wskaźnik MD (man-day: dzień pracy jednego człowieka, jednostka miary pracochłonności zadania), a więc 8 roboczogodzin (1 MD = 8 roboczogodzin). Oczywistym przy tym jest, że Odwołujący nie mógł założyć pełnego tygodnia świadczenia usług (40 godzin), gdyż usługa serwisowa jest ściśle uzależniona od zgłoszeń Zamawiającego, a długość jej trwania od stopnia skomplikowania awarii. Jest to więc usługa o charakterze bardzo nieregularnym. Mimo wszystko Odwołujący dokonał opisu przejętych założeń. (...)

15. Stwierdzić zatem należy, że Odwołujący dokonał nie tylko rzeczowego podziału zadań, wchodzących w zakres usług serwisowych, ale też rozróżnił te najbardziej czasochłonne (naprawy oraz przyjmowanie i obsługa zgłoszeń przez Centrum Serwisowe Wykonawcy) od tych najmniej czasochłonnych (konsultacje techniczne). Każdej kategorii przypisując jednocześnie odpowiednią jednostkę MD z podziałem na okres roczny i miesięczny.

16. Łączna pracochłonność usług została określona na poziomie 174 dni roboczych. (...)

18. Co więcej - przyjęta pracochłonność została oszacowana nadmiarowo, tzn. „na górkę”, względem dotychczasowego doświadczenia Odwołującego w realizacji podobnych projektów. Doświadczenie to nie powinno być kwestionowane, biorąc pod uwagę istniejące u Odwołującego Centrum Serwisowe Wykonawcy, obsługujące podobne zamówienia i przeznaczone również do obsługi, niniejszego zamówienia. Istotne również pozostaje, że Odwołujący podkreślał w treści wyjaśnień, że usługi serwisowe będzie realizował samodzielnie, tj. za pomocą zasobów własnych, a więc bez udziału podwykonawców. To również wpływa na zminimalizowanie kosztów. Podkreślenia przy tym wymaga, że

podobnie jak w przypadku kategorii dot. kosztu części zamiennych, także w przedmiotowej kategorii kosztów usług serwisowych Zamawiający zaniechał przedstawienia jakichkolwiek merytorycznych zarzutów, które bezpośrednio dotyczyłyby wadliwości obliczeń Odwołującego.

18. W trzeciej kategorii kosztów, związanych z przedmiotowym zamówieniem, Odwołujący wskazał:

- koszt wadium: 1 000,00 zł
- koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy: 2 400,00 zł

19. Co do pozostałych kosztów, wziętych pod uwagę przez Odwołującego, wskazać należy:

- szacunkowe koszty delegacji, przejazdów oraz diet - 40 000,00 zł netto,
- zapasu na dodatkowe prace inżynierskie niemożliwe do określenia na dzień złożenia oferty przez Wykonawcę (10 MD - 14 400,00 zł netto),
- rezerwa na kary umowne i pozostałe koszty niemożliwe do określenia na dzień złożenia oferty przez Odwołującego - 40 000,00 zł netto. (...)

22. Zamawiający podniósł ponadto, że złożone wyjaśnienia są jedynie oświadczeniem własnym wykonawcy, nie zaś dowodem. Z powyższym nie można się zgodzić. Zupełnie nieuprawnione jest deprecjonowanie wartości dowodowej wyjaśnień Odwołującego w sytuacji, kiedy są one konkretne i merytoryczne, a przepisy ustawy Pzp wskazują je w pierwszej kolejności jako podstawę oceny rażąco niskiej ceny. (...)

25. Na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający dysponował rzeczowymi wyjaśnieniami Odwołującego. Dlatego też, jeżeli wyjaśnienia te wzbudzały dalsze wątpliwości, Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do doprecyzowania przedstawionych informacji. (...)

26. Podsumowując - zarzut co do braku wykazania przez Odwołującego, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - jest chybiony. Zwłaszcza że Odwołujący nie tylko przedstawił szczegółową analizę kosztów, nie tylko uwzględnił dodatkową rezerwę na koszty nieprzewidziane ale również wykazał swój zysk. Dlatego też nie sposób uznać, że złożona przez niego oferta zawiera cenę nierealną, czy nie dającą rękojmi należytego wykonania zamówienia, czy też odbiegającą od cen rynkowych. Zwłaszcza że między ofertą Odwołującego a drugą złożoną w postępowaniu ofertą (COMTEGRA S.A.) różnica jest stosunkowo niewielka i wynosi 241.080,00 zł brutto. Podkreślenia również wymaga, że konkurent Odwołującego świadczył dotychczas usługę serwisu pogwarancyjnego na rzecz Zamawiającego za cenę jeszcze niższą niż zaoferowana aktualnie przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu."

**Ad.** Wykluczenie odwołującego z postępowania.

„27. Zamawiający w rozdz. VI ust. 1 pkt. 1 siwz wskazał: „O zamówienie może się ubiegać Wykonawca, który (...) spełnia następujące warunki udziału w postępowaniu, (...) w tym:

posiadania ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia lub wyższego potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej, wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego”.

28. Wykluczając Odwołującego z postępowania, Zamawiający wskazał na brak ww. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez Partnera Konsorcjum - CPU Service sp. z o.o. Uzasadniając konieczność posiadania przez każdego konsorcjanta z osobna ww. świadectwa, Zamawiający wskazał, że siwz „pośrednio” tego wymaga. W ocenie Zamawiającego wynika to z komparycji umowy (podmiot/podmioty z którymi zostaje zawarta umowa są „Wykonawcą”) oraz z Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, stanowiącej załącznik nr 3 do umowy, gdzie w ust. 4 pkt. 2 i 3 nałożony został obowiązek dostarczenia Zamawiającemu uwierzytelnionej kopii ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

29. Również w tym zakresie z Zamawiającym nie sposób się zgodzić. W żadnym postanowieniu siwz (z uwzględnieniem projektu umowy oraz ww. Instrukcji) Zamawiający nie wymagał ani pośrednio ani bezpośrednio, aby warunek udziału postawiony w rozdz. VI ust. 1 pkt. 1 siwz miał być spełniony przez każdego z konsorcjantów. (...)

30. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał odmiennego uregulowania sposobu spełnienia postawionego w rozdz. VI ust. 1 pkt. 1 warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Nie sposób wywieść takowych wniosków ani z treści siwz, ani też z treści ogłoszenia o zamówieniu, które to dokumenty powinny pozostać w pełni spójne co do przedstawienia wymogów związanych z warunkami udziału w postępowaniu. (...)

33. (...) Odwołujący wskazał to wprost w treści wyjaśnień z dnia 23.07.2020 r.: »(...) firma CPU Service sp. z o.o. nie będzie brała udziału w realizacji przedmiotu Umowy w zakresie dostępu do informacji niejawnych. Jako członek konsorcjum będzie zapewniała usługi wsparcia III linii dla tego projektu również bez dostępu do informacji niejawnych (...)«

34. Zwrócić również należy uwagę, że Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego kładzie szczególny nacisk na obowiązek Wykonawcy dysponowania odpowiednimi osobami w związku z dostępem do informacji niejawnych, dlatego też wymaganie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od podmiotu, który w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, nie będzie miał żadnej styczności z informacjami niejawnymi - jest zupełnie oderwane od celu, dla którego wprowadzono przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. (...)

36. Stwierdzić zatem należy, że Zamawiający od samego wykonawcy wymagał świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, natomiast dodatkowo od osób dopuszczonych do informacji niejawnych: poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli co najmniej „POUFNE” oraz

zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych. Jeżeli na gruncie niniejszego postępowania wyłączny dostęp do informacji niejawnych mieli pracownicy Lidera Konsorcjum, stwierdzić należy, że wystarczające jest posiadanie przez niego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, jak również wystarczające jest posiadanie przez jego pracowników poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli co najmniej „POUFNE” oraz zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych.

37. Co najwyżej uznać należy, że Zamawiający miał prawo wymagania odrębnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od podwykonawców, zgodnie z ust. 4 pkt. 3 Instrukcji: „Wykonawca zobowiązany jest do (...) przekazania najpóźniej w dniu podpisania umowy, do Biura łączności i Informatyki KGP uwierzytelnionej kopii ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego 3 stopnia potwierdzającego zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej (niniejsze dotyczy również każdego z podwykonawców, którzy w czasie realizacji Umowy będą mieć dostęp do informacji niejawnych)”. Powyższe jest zresztą zgodne z wymogami ustawowymi, gdyż w myśl art. 54 ust. 6 ustawy o ochronie informacji niejawnych - przepisy dotyczące wymaganego świadectwa bezpieczeństwa stosuje się także do przedsiębiorców, będących podwykonawcami umów, związanych z dostępem do informacji niejawnych.”

**Ad. Niezgodność oferty z treścią siwz.**

„40. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ w jego ocenie ze względu na brak posiadania przez Partnera Konsorcjum świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, nie jest on w stanie realizować przedmiotu zamówienia zgodnie z ust. 4 pkt. 2 i 3 Instrukcji.

41. Ze względu na fakt, że to spółka INTERTRADING będzie realizowała wszelkie obowiązki dot. przedmiotu zamówienia w zakresie związanym z dostępem do informacji niejawnych, zarzut powyższy jest zupełnie nietrafiony.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 28.08.2020 r. wykonawca Comtegra S.A., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa (dalej: przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.



## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla centralnych systemów informatycznych ZCPD i wirtualizacji.

W postępowaniu złożono dwie oferty, przy czym odwołujący złożył ofertę z ceną 1.190.640,00 zł, zaś przystępujący – z ceną 1.431.720,00.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 2.500.000,00 zł netto, co stanowi 3.075.000,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wyniosła 1.311.180,00 zł. Oznacza to, że cena oferty odwołującego jest o ok. 61% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i o ok. 9% niższa od średniej arytmetycznej ofert.

W pkt VI.1.1. siwz zamawiający wymagał w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, posiadania ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia lub wyższego potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

W pkt VII.5.1. siwz zamawiający, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz informacji zawartych w JEDZ „(wykonawców, podwykonawców, podmiotów trzecich)”, żądał m.in. ww. dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku.

W pkt XI.7. zamawiający określił wymagania dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym m.in.: „w odniesieniu do wymogów określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający będzie brał pod uwagę łączne uprawnienia Wykonawców do wykonywania czynności/działalności wchodzących w zakres zamówienia, ich łączny potencjał techniczny, kadrowy, kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie, a także ich łączną sytuację ekonomiczną i finansową”.

Zgodnie z pkt 4 ppkt 2 i 3 załącznika nr 3 do projektu umowy, tj. Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, wykonawca zobowiązany jest do:

2) Dostarczenia Zamawiającemu danych personalnych Pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych oraz poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię poświadczenia bezpieczeństwa i zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych, o których mowa w art. 14 ust. 3 pkt 3 i 4 ww. ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych.

3) Przekazania, najpóźniej w dniu podpisania Umowy, do Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Policji uwierzytelnionej kopii ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzającego zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej (niniejsze dotyczy również każdego z podwykonawców, którzy w czasie realizacji Umowy mogą mieć dostęp do informacji niejawnych).

Pismem z dnia 20.07.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego:

- 1) na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty,
- 2) na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy wykonawca CPU Service Sp. z o.o., posiada poświadczenie bezpieczeństwa, o którym mowa w pkt VI.1.1. siwz, a jeżeli nie – o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca zrealizuje obowiązki wynikające z ust. 4 pkt 2 i 3 Załącznika nr 3 do projektu umowy – Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego.

W odpowiedzi z dnia 23.07.2020 r. odwołujący:

- 1) złożył wyjaśnienia dotyczące ceny jego oferty wraz z dowodem, tj. ofertą od współkonsorcjanta CPU Service Sp. z o.o.,
- 2) wyjaśnił, że CPU Service Sp. z o.o., nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu umowy w zakresie dostępu do informacji niejawnych. Współkonsorcjant będzie zapewniał części zamienne dla wszystkich urządzeń wyspecyfikowanych przez zamawiającego w siwz oraz będzie dodatkowo zapewniał usługi wsparcia III linii dla tego projektu również bez dostępu do informacji niejawnych, a także dodał, że realizacja umowy będzie się odbywała zgodnie z umową, w tym z Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego.

Pismem z dnia 13.08.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

- 1) Co do art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp:

„W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż załączony do wyjaśnień dowód nr 1 jest wyłącznie oświadczeniem własnym członka konsorcjum, które musi być traktowane jedynie jako element wyjaśnień Wykonawcy, a nie dowód potwierdzający informacje przedstawione w wyjaśnieniach. Tym samym, brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających wartości przedstawione w złożonych wyjaśnieniach. (...)

Złożone wyjaśnienia zawierają jedynie prostą kalkulację cenową zawierającą pozycje oraz ich przewidywany koszt. W wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia, w jaki sposób zostały wycenione poszczególne pozycje kosztowe w szczególności dotyczące zabezpieczenia części zamiennych oraz prac serwisowych.

Przedmiotem zamówienia jest zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu posiadanego przez Zamawiającego, który został szczegółowo określony w Opisie przedmiotu zamówienia. Zakres prac realnie wykonanych przez Wykonawcę będzie zależał od awaryjności tego sprzętu. Tym samym wycena prac w ramach zamówienia powinna zostać powiązana z poziomem zakładanej przez Wykonawcę awaryjności sprzętu lub powinna zostać powiązana z kosztem pozyskania sprzętu niezbędnego do zdublowania sprzętu Zamawiającego. Oczywiście, dopuszczalne są także inne sposoby szacowania kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach, brak jest jednak jakiegokolwiek opisu sposobu przygotowania kalkulacji. Wycena może zostać powiązana np. z doświadczeniem wynikającym z realizowanych innych kontraktów tego typu. W złożonych wyjaśnieniach wskazano jedynie przewidywany koszt „zabezpieczenia części zamiennych oraz III linia wsparcia”, którego podstawę stanowi oświadczenie własne drugiego z konsorcjantów. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia czy uprawdopodobnienia dla wskazanych wartości cenowych. Przedmiotowy element zamówienia jest kluczowy dla właściwej realizacji zamówienia.

W pozycji drugiej kalkulacji cenowej wskazano na koszty usług świadczonych za pomocą zasobów własnych w ramach pięciu kategorii czynności. Wykonawca wskazał szacunkową liczbę osobodni dla każdej z tych kategorii czynności. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób wartości te zostały oszacowane i z czego wynikają. Wykonawca wskazał także zryczałtowaną stawkę rozliczeniową (taką samą we wszystkich pięciu kategoriach czynności) za dzień pracy jednego pracownika. W przypadku tego rodzaju zamówień jak stanowiąca przedmiot zamówienia koszt personelu specjalistycznego stanowi zasadniczy czynnik kosztotwórczy. W ten sposób wykonawca w żaden sposób nie udowodnił ani nie wykazał, jakie faktycznie stawki wynagrodzenia są stosowane w przedsiębiorstwie, a w szczególności nie odniósł się do kosztów świadczenia usług przez konkretny personel. (...)

W pozycji czwartej została umieszczona pozycja „szacunkowe koszty delegacji, przejazdów oraz diet”. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób wartość tej pozycji została oszacowana. (...)

Reasumując, mamy do czynienia w wyjaśnieniu z prezentacją szacunkowego obliczenia ceny a tymczasem przedmiot wezwania to wyjaśnienie sposobu kalkulacji (skąd wzięto konkretne składniki kosztowe) a nie samo matematyczne obliczenie ceny.”

2) Co do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

„Zamawiający w treści SIWZ przynajmniej w sposób pośredni, że wymaga posiadania poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego przez każdego z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, także tych Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Brak posiadania przez członka konsorcjum poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego musi skutkować wykluczeniem konsorcjum z postępowania, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak, przedmiotowa sytuacja musi podlegać ocenie także pod kątem zgodności zobowiązania Wykonawcy z treścią SIWZ. Niewątpliwie Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego stanowi element SIWZ (załącznik do projektu umowy) określający obowiązki ciążące na Wykonawcy na etapie realizacji umowy.

Z projektu komparycji umowy wynika, iż podmiot/podmioty z którymi zostaje zawarta umowa — w dalszej jej treści zwane są „Wykonawcą”. Każde z postanowień umowy, w tym postanowień Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego dotyczą „Wykonawcy”, czyli każdego podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa.

Treść SIWZ w ust. 4 pkt 2 i 3 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego nakłada obowiązek dostarczenia Zamawiającemu uwierzytelnionej kopii ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzającego zdolność „Wykonawcy” (każdego z konsorcjantów) do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej.

Członek konsorcjum CPU SERVICE Sp. z o.o. nie posiada świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Tym samym nie może budzić wątpliwości, iż w toku realizacji zamówienia nie wykona on obowiązku wynikającego z ust. 4 pkt 2 i 3 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, co jest równoznaczne z niezgodnością zobowiązania Wykonawcy z wymaganiami SIWZ”.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, należy przede wszystkim przytoczyć właściwe przepisy. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności

wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W przypadku wskazywania kosztów poszczególnych elementów zamówienia, wykonawca musi także wykazać, jakie założenia legły u podstaw przyjęcia, że koszty te będą określonej wysokości, czyli: z czego wynika taka a nie inna wysokość tych kosztów. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, czy zawarte w samych wyjaśnieniach szczegółowe obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego w pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie tylko treść wezwania zamawiającego określa zakres wyjaśnień wykonawcy. Niezależnie bowiem od wezwania zamawiającego, wytyczne co do tego, co powinny zawierać wyjaśnienia wynikają także z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, którego treść w przedmiotowej sprawie zamawiający przytoczył w wezwaniu. Nawet więc w braku sprecyzowania przez zamawiającego zakresu żądanych informacji, wykonawca powinien powołać się przynajmniej na te dotyczące go okoliczności, które zostały przez ustawodawcę wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz przedstawić je w taki sposób, żeby jasno wynikało z nich, jak została skalkulowana cena oferty i że kalkulacja ta jest pełna, rzetelna i umożliwiająca należyte wykonanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie informacje przedstawione przez odwołującego nie wskazują przykładowo ani na jakiegokolwiek wyjątkowo sprzyjające mu warunki, ani nie wykazano w nich szczegółowo rozbitych kosztów pracy, ani źródeł i wysokości konkretnych oszczędności, ani analizowane łącznie czy osobno nie dają one odpowiedzi na pytanie, skąd wzięły się koszty przedstawione w wyjaśnieniach, i co za tym idzie – z czego wynika cena oferty odwołującego.

Przede wszystkim należy zauważyć, że udzielając wyjaśnień odwołujący wymienił cztery grupy kosztów i podał ich wysokość, ale nie wskazał sposobu ich obliczenia, czyli nie wskazał, co było podstawą przyjęcia, że koszty te są określonej wysokości. W szczególności:

- 1) w zakresie kosztów zabezpieczenia części zamiennych oraz III linia wsparcia odwołujący podał tylko kwoty obu ww. elementów zamówienia powołując się na ofertę współkonsorcjanta, która nie może stanowić dowodu realności tych kosztów, skoro jest w istocie oświadczeniem własnym wykonawcy,

- 2) w zakresie kosztów usług świadczonych za pomocą zasobów własnych odwołujący podał przyjętą pracochołność tych usług oraz wewnętrzną stawkę rozliczeniową, ale nie podał, z czego wynikają te wskaźniki, tj. z czego wynika przyjęta liczba osobodni i wysokość stawki rozliczeniowej. W szczególności nie stanowi wystarczającego wyjaśnienia przyjętej pracochołności powołanie się jedynie na doświadczenie odwołującego. Odwołujący nie wyjaśnił również kosztów pracy, ograniczając się do stwierdzenia, że: „Przyjęta kwota odpowiada 96 miesięcznym wynagrodzeniom minimalnym, co odpowiada wartości 8 rocznych wynagrodzeń minimalnych”, jednakże niemożliwym jest, aby każdy pracownik bez względu na zakres zadań otrzymywał takie samo wynagrodzenie i w dodatku tylko w wysokości minimalnej. Stąd też wyjaśnienia odwołującego są niedostateczne.
- 3) w zakresie „pozostałych kosztów” odwołujący ponownie podał tylko kwoty nie przedstawiając żadnych założeń i kalkulacji pokazujących, dlaczego kwoty te mają taką a nie inną wysokość.

Tym samym treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego nie daje odpowiedzi na pytanie, z czego wynikają wskazane w nich koszty i w konsekwencji cała cena oferty.

Dodatkowo należy zauważyć, że odwołujący ani nie zawarł w swoich wyjaśnieniach rzetelnej i szczegółowej kalkulacji kosztów składających się na cenę oferty, ani nie dołączył żadnych innych dowodów potwierdzających wysokość tych kosztów. W szczególności dowodem takim nie może być oferta współkonsorcjanta, która jak już wyżej wskazano, jest tylko oświadczeniem własnym wykonawcy - odwołującego (bo przecież oferta jest ofertą wspólną obu konsorcjantów), a ponadto, oferta ta nie odnosi się do wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia, zatem nie potwierdza samodzielnie realności ceny oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu. Należy zatem stwierdzić, że odwołujący nie złożył dowodów na poparcie swoich wyjaśnień.

Osobną kwestią jest to, że jak wynika z dowodów złożonych na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego, odwołujący w niniejszym postępowaniu oraz w postępowaniu toczącym się równoległe u tego samego zamawiającego na podobny rodzajowo, ale jednak nie tożsamy przedmiot zamówienia, złożył wyjaśnienia dotyczące ceny jego oferty o niemal identycznej treści, w tym z podaniem niemal takich samych kosztów. Jak wskazano wyżej, przedmioty obu zamówień nie są takie same, różnią się znacząco choćby liczbą sprzętu, który jest objęty usługą, czy liczbą miast, w których ta usługa będzie realizowana, a mimo to odwołujący podał identyczne dane w zakresie: kosztów III linii wsparcia, pracochołności usług świadczonych za pomocą zasobów własnych, wysokości wewnętrznej stawki rozliczeniowej, kosztów delegacji/przejazdów/diet, dodatkowych prac inżynierskich, a także rezerw na kary umowne i pozostałe koszty niemożliwe do określenia na dzień złożenia oferty. Z powyższego wynika, że odwołujący nie dokonał szczegółowej

analizy przedmiotu niniejszego zamówienia, a w konsekwencji nie dokonał indywidualnej i rzetelnej kalkulacji ceny oferty, skoro szacowane przez niego koszty są niemal identyczne w każdym z ww. postępowań bez względu na przedmiot zamówienia. Powyższa okoliczność wynikająca z dowodów przedstawionych na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego, potwierdza, że wyjaśnienia odwołującego nie mogą być uznane za wykazujące realność ceny jego oferty.

Odnosząc się do kwestii powtórzenia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający mogą kierować powtórne wezwania do wyjaśnień, jeżeli wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Jeżeli natomiast wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie zawierają nawet informacji wskazanych wprost przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym nie zawierają dowodów i wyliczenia ceny (wymienienie kosztów nie jest tym samym, co ich wyliczenie i w efekcie - wyliczenie całej ceny oferty), to nie można uznać, że zamawiający zobowiązany jest raz jeszcze wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w istocie w takim samym zakresie. Dlatego Izba nie znalazła podstaw do nakazywania zamawiającemu w niniejszej sprawie powtórzenia wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty z powodu nieposiadania przez współkonsorcjanta świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że w pkt VI.1.1. siwz zamawiający wskazał wymóg posiadania ww. świadectwa dla spełnienia warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, zaś w pkt XI.7. wskazał, że „w odniesieniu do wymogów określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający będzie brał pod uwagę łączne uprawnienia Wykonawców do wykonywania czynności/działalności wchodzących w zakres zamówienia”. Tym samym w pkt XI.7. siwz zamawiający jednoznacznie wskazał, że warunek w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności, czyli warunek posiadania ww. świadectwa, wykonawcy występujący wspólnie, mają spełnić łącznie. Skoro zatem jeden z konsorcjantów posiada ww. świadectwo, to nie ma podstaw do stwierdzenia, że odwołujący nie spełnił tego warunku.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, jakoby z treści siwz wynikało „pośrednio”, że ww. świadectwo ma posiadać każdy z konsorcjantów i że wynika to także z projektu komparacji umowy i z Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, gdyż użyte



w nich słowo „Wykonawca” oznacza każdy podmiot, z którym zostanie zawarta umowa. Po pierwsze, podstawa do wykluczenia wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty nie może wynikać „pośrednio” z żadnych dokumentów postępowania, ale musi być jednoznacznie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Powyższe wynika z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wszelkie czynności w postępowaniu zamawiający musi podejmować z poszanowaniem zasad wyrażonych w tym przepisie, co oznacza, że nie może zaskakiwać wykonawców po otwarciu ofert wymaganiami, które nie zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Po drugie, jak wskazano już wyżej, w pkt XI.7. siwz zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość łącznego spełnienia warunku dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, zatem w świetle tego postanowienia siwz koncepcja wywodzenia wymogu posiadania świadectwa przez każdego z członków konsorcjum z faktu użycia w innych miejscach siwz słowa „Wykonawca”, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Nawet gdyby uznać, że w powyższym zakresie zachodzi jakakolwiek niespójność postanowień siwz (choć w ocenie Izby treść pkt XI.7. jest jednoznaczna i stanowi o możliwości łącznego spełnienia warunku, czyli np. przez jednego członka konsorcjum, zaś standardowe używanie słowa „wykonawca” nie przesądza o istnieniu jakiegokolwiek wymogu), to i tak niespójność taką, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należałoby rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zatem argumentacja zamawiającego podniesiona w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, nie daje podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba dostrzega przy tym podnoszoną na rozprawie kwestię konieczności posiadania ww. świadectwa przez obu konsorcjantów dla należytego wykonania zamówienia, jak też niekonsekwencję odwołującego, który w jednych wyjaśnieniach pisze, że współkonsorcjant będzie wykonywał usługę w zakresie III linii wsparcia (do czego niezbędne jest posiadanie ww. świadectwa), a w drugich, że firma ta „nie będzie brała udziału w realizacji przedmiotu Umowy w zakresie dostępu do informacji niejawnych”. Niemniej jednak zamawiający nie może po otwarciu ofert „zmieniać reguł gry” i wykluczać wykonawców, czy odrzucać ich oferty z powodu niespełnienia wymogów, które wcześniej nie zostały wyrażone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Aby wykluczyć, czy odrzucić ofertę wykonawcy z powodu braku posiadania ww. świadectwa przez jednego z konsorcjantów, zamawiający musiałby w ww. dokumentach wskazać, że wymaga posiadania świadectwa od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie albo przynajmniej wskazać, że ww. świadectwo musi posiadać ten z nich, który będzie wykonywał część zamówienia wymagającą dostępu do informacji niejawnych. Jak wskazano już wyżej, w pkt XI.7. siwz rozwiązał tę kwestię inaczej i na obecnym etapie postępowania nie może wprowadzać w tym zakresie żadnych zmian. Już tylko na marginesie należy dodać, że argumentacji dotyczącej niekonsekwencji odwołującego co do wskazywania zakresu usług planowanych do wykonania przez

współkonsorcjanta, zamawiający nie zawarł w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, zatem nie może być też ona uwzględniona w postępowaniu odwoławczym.

Nie można też zgodzić się z przystępującym, że uprawnienia są takim potencjałem, który nie może być łączony. Na rynku są udzielane zamówienia, których realizacja tylko częściowo wymaga posiadania określonych uprawnień i w takiej sytuacji zamawiający mogą dopuścić wykazanie łącznego spełniania warunku w zakresie posiadania tych uprawnień, w tym np. z zastrzeżeniem, że konkretną część zamówienia będzie musiał realizować ten podmiot, który posiada wymagane uprawnienia. Nie jest więc wykluczone łączne spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp, przez wykonawców składających wspólną ofertę.

Reasumując, wobec treści pkt XI.7. siwz, nie zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące odrzucenia jego oferty z powodu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, natomiast potwierdziły się zarzuty dotyczące posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Jednakże – wobec oddalenia pierwszego z ww. zarzutów – naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania. Dlatego też Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W szczególności Izba wzięła pod uwagę, że pomimo uznania zasadności zarzutu dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, z uwagi na oddalenie zarzutu dotyczącego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, odrzucenie oferty odwołującego zostało podtrzymane. Dlatego też Izba postanowiła obciążyć odwołującego całością kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący .....