

Sygn. akt: KIO/1197/10

WYROK
z dnia 2 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 czerwca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski, Konwój- Security Sp. j.; 64-920 Piła, Plac Staszica 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, 60-967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98.**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., P.I. ÓWIERTNIA Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski, Konwój- Security Sp. j.; 64-920 Piła, Plac Staszica 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski, Konwój- Security Sp. j.; 64-920 Piła, Plac Staszica 1** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 264 zł 81 gr** (słownie cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt cztery złote osiemdziesiąt jeden groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski, Konwój- Security Sp. j.; 64-920 Piła, Plac Staszica 1** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., P.I. ĆWIERTNIA Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1197/10)

Zamawiający, Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie remontu budynku sztabowego nr 1 w JW nr 3091 w Poznaniu - roboty budowlane wraz z usługami konserwacyjno-serwisowymi w okresie gwarancji

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 18.03.2010 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 10.06.2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., P.I. ĆWIERTNIA Sp. z o.o. (zwanych dalej „Konsorcjum TELBUD”) **oraz** wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski, Konwój- Security Sp. j. (zwanych dalej „Konsorcjum KMC”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia wskazano, iż w dniu 01.06.2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakującego dokumentu, o którym mowa w rozdz. VI pkt 5 siwz – dla „Kierownika Jednostki Organizacyjnej oraz dla Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych kopie poświadczeń bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „POUFNE” wraz z zaświadczeniem o odbytym przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych” dla firm KONWÓJ-SECURITY Sp. J. oraz KMC Administrator Nieruchomości i inwestycje Sp. z o.o.

Zgodnie z wymaganiami siwz (ustalonymi odpowiedzią na pytania z dnia 08.04.2010 r.) tego typu dokumenty winien przedstawić każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem pomimo wezwania, wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów dla pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych dla firmy

KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., a tym samym nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób wymagany w siwz.

W dniu 15.06.2010 r. Konsorcjum KMC wniosło odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z tego postępowania,
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie w jakim zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełnienie których to warunków zostało wykazane dokumentami złożonymi przez innego uczestnika Konsorcjum,
3. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą,
4. naruszenie art. 91 Pzp w zw. z rozdziałem VIII SIWZ „Kryteria oceny ofert” poprzez uznanie, że oferta konsorcjum firm: Telbud S.A. i P. I. „Ćwiertnia” Sp. z o.o. jest najkorzystniejsza.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego od udziału w postępowaniu,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Telbud S.A. i P. I. „Ćwiertnia” Sp. z o.o.
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania ofert podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, przy uwzględnieniu oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum KMC podniosło, iż pismem z dnia 04.06.2010 r. uzupełniło ofertę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 31.05.2010 r. w wymaganym tam zakresie, przedkładając w załączeniu:

- pozycja 24 - poświadczenie bezpieczeństwa Pana Marka Z. - Pełnomocnika ds. Informacji Niejawnych,
- pozycja 25 - zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych Pana Marka Z.,
- pozycja 26 - zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia z zakresu obowiązku pracownika pionu ochrony inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego.

Jednocześnie wskazano, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinno być

rozpatrywane łącznie. Ponadto jak wynika z zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający nie kwestionował prawidłowości i kompletności tego typu dokumentów przedłożonych przez pozostałych członków konsorcjum.

Zdaniem odwołującego stwierdzenie przez KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. w piśmie z dnia 4 czerwca 2010r., że „nie ma potrzeby stwarzania własnego pionu związanego z dostępem do informacji niejawnych” jest jedynie informacją dla amawiającego, która nie powinna skutkować wykluczeniem odwołującego z udziału w postępowaniu, zwłaszcza wobec faktu, że wymagane przez Zamawiającego dokumenty zostały załączone (załączniki nr 24, 25, 26). Pismo Lidera konsorcjum z dnia 4 czerwca 2010r. stanowi jedynie informację przewodnią, natomiast w żadnym jego punkcie nie pada stwierdzenie, że KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. nie dysponuje pełnomocnikiem ds. informacji niejawnych.

Odwołujący zaznaczył, że Pan Marek Z. decyzją nr 1/2010 z dnia 6 kwietnia 2010r. został powołany na pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych przez Wiceprezesa spółki KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje, zgodnie z ustawą z dnia 22 stycznia 1999r. o ochronie informacji niejawnych.

Na dowód czego załączono do odwołania decyzję z dnia 6 kwietnia 2010r. nr 1/2010 o powołaniu Pana Marka Z. na pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych.

W dniu 17.06.2010 r. zamawiający przekazał kopię wniesionego odwołania „Konsorcjum TELBUD”, które w dniu 21.06.2010 r. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 24.06.2010 r., przekazanej do Izby w dniu 28.06.2010 zamawiający uwzględnił całość zarzutów odwołania.

Zamawiający wskazał, iż wiedzę nt. faktu, że p. Marek Z. jest pełnomocnikiem ds. informacji niejawnych Spółki KMC powziął dopiero z odwołania. Wcześniej, na podstawie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy, błędnie uznawał, że takiego pełnomocnika ww. spółka nie posiada.

Zamawiający wskazał, iż dokumenty dotyczące p. Marka Z. będącego w świetle wyjaśnień z dnia 04.06.2010 r. pełnomocnikiem zarówno PUS SPADOCHRONIARZ, jak i KMC dołączono zarówno do ww. wyjaśnień, jak też pierwotnie do oferty.

W dniu 28.06.2010 r. Konsorcjum TELBUD wniosło sprzeciw wobec ww. uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podtrzymany następnie na posiedzeniu Izby.

Wnoszący sprzeciw wskazał, iż uwzględniając odnośnie wymagania siwz, Konsorcjum KMC nie wykonało w sposób należyty wezwania do uzupełnienia oferty w zakresie załączenia kopii poświadczeń bezpieczeństwa upoważniających do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „POUFNE” wraz z zaświadczeniem o odbytym przeszkoleniu z zakresu informacji niejawnych dla Pełnomocnika KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. ds. ochrony informacji niejawnych. Celem powyższego wezwania było bowiem uzyskanie dokumentacji, wymaganej w siwz, która jednoznacznie potwierdziłaby spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum KMC.

W ocenie Konsorcjum TELBUD w uzupełnieniu z dnia 04.06.2010 r. odwołujący wyraźnie potwierdził, że spółka KMC nie ma potrzeby posiadania własnego pionu związanego z dostępem do informacji niejawnych. Ponadto załączył dokumenty dotyczące p. Marka Z. wskazywanego wcześniej jako Pełnomocnik ds. Ochrony Informacji PUS Spadochroniarz.

Wobec powyższego stwierdzić należało, że zamawiający słusznie uznał, iż z dokumentów przedłożonych przez odwołującego oraz złożonych przez niego do dnia 04.06.2010 r. wyjaśnień nie wynikało potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności informację, o fakcie, iż p. M. Zubrzycki jest pełnomocnikiem KMC, zamawiający uzyskał dopiero z chwilą wniesienia odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzoną za zgodność z oryginałem i przekazną do Izby przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, a także powołane i przedstawione przez nich dokumenty, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdz. V w „Opisie sposobu dokonania oceny spełniania wymaganych warunków”, w pkt 1 siwz zamawiający wymagał aby wykonawca spełniał wymogi ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 11, poz. 95 ze zm.) w zakresie ochrony informacji niejawnych stanowiących tajemnicę służbową oznaczonych klauzulą „POUFNE” (m.in. musi posiadać pion ochrony, w tym kancelarię tajną oraz pełnomocnika ochrony)

W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 08.04.2010 r. zamawiający zmodyfikował powyższe żądanie siwz wykreślając zwrot „pion ochrony, w tym kancelarię tajną” – pozostawiono jedynie wymóg posiadania pełnomocnika.

W rozdz. VI „Dokumenty wymagane w ofercie” w pkt 5) siwz wymagano przedłożenia dla Kierownika Jednostki Organizacyjnej oraz dla Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji

Niejawnych kopii poświadczeń bezpieczeństwa upoważniających do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „POUFNE” wraz z zaświadczeniem o odbytym przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych.

W odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 08.04.2010 r. zamawiający wskazał, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wymaga aby dokumenty wymienione m.in. w pkt 5 rozdziału VI siwz złożył każdy z wykonawców z osobna.

Zamawiający w ww. odpowiedzi zaznaczył również, iż przedkładane dokumenty powinny być przygotowywane w taki sposób aby zamawiający mógł dowiedzieć się, jaki udział w wykonaniu zamówienia będzie miał każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Do oferty Konsorcjum KMC załączono oznaczone w spisie treści oferty jako zał. nr 11 „Decyzja dot. powołania pionu ochrony wraz z zaświadczeniami pełnomocnika i kierownika kancelarii (karta 066 i n.): Decyzję nr 1/2007 właściciela P.U.S. SPADOCHRONIARZ z dnia 16.04.2007 r. o powołaniu „Pionu ochrony” oraz ustaleniu Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych w przedsiębiorstwie – p. Marka Z. Do oferty załączono ponadto Poświadczenie bezpieczeństwa nr 320/1222/PSP/2005 oraz Zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia z zakresu obowiązków pracownika pionu ochrony inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego oraz Zaświadczenie nr 51/2004 stwierdzające odbycie przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych dla wyżej wymienionego.

W ofercie Konsorcjum KMC brak jakichkolwiek informacji nt. pełnienia obowiązków Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych w spółce KMC przez p. Marka Z.

Pismem z dnia 31.05.2010 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wezwał Konsorcjum KMC do uzupełnienia brakujących dokumentów, m.in. wskazał, iż w zakresie dotyczącym KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., dla Kierownika Jednostki Organizacyjnej oraz dla Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych brak jest kopii poświadczeń bezpieczeństwa upoważniających do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „POUFNE” wraz z zaświadczeniem o odbytym przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych (rozd. VI pkt 1 ppkt. 5 siwz)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum KMC w pkt 5 pisma z dnia 04.06.2010 r., w odniesieniu do dokumentów KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., wyjaśniło, iż zarówno Prezes spółki, jak i vice-Prezes posiadają stosowne poświadczenia bezpieczeństwa wraz z klauzulami, jak również zaświadczenia o odbyciu przeszkolenia w

zakresie ochrony informacji niejawnych wystawione przez Pełnomocnika Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar P. Wskazane osoby poza prowadzeniem własnej działalności na dzień dzisiejszy, jak również na dzień złożenia oferty były pracownikami Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar P., które występuje we wskazanym postępowaniu jako partner.

W związku z powyższym wskazany podmiot nie ma potrzeby stwarzania własnego pionu związanego z dostępem do informacji niejawnej (kancelarii tajnej, pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych, kierownika kancelarii tajnej).

Ponadto wykonawca oświadczył, że dokumentacja będzie przechowywana w Kancelarii Tajnej Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar P.

Następnie wskazano, że sumowanie się potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest podstawową tworzenia konsorcjów. Tym samym potencjał poszczególnych członków Konsorcjum, również w odniesieniu do osób przewidzianych do realizacji zamówienia, które będą miały dostęp do dokumentacji niejawnej stanowiącej tajemnicę służbową o klauzuli POUFNE, a także potencjał dotyczący informacji niejawnych (pełnomocnika ds. informacji niejawnych, którym w tym przypadku jest Pan Marek Z.), zamawiający powinien rozpatrywać łącznie dla całego Konsorcjum.

Do pisma z dnia 04.06.2010 Konsorcjum KMC dołączyło dokumenty załączone do oferty dotyczące p. Marka Z.

Do odwołania załączono Decyzję nr 1/2010 z dnia 06.04.2010 r. powołującą p. Marka Z. na stanowisko „Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych” w KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Wprowadzone ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206 poz. 1591) zmiany przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania, ze względu na różną

semantykę zastosowanych zwrotów i wyrażeń, należy interpretować odmiennie od norm poprzedzających.

W szczególności zmiana co do znaczenia powołanych przesłanek wykluczenia dokonała się przez usunięcie dotychczasowej dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wprowadzeniu w ich miejsce regulacji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Powołane, a usunięte ww. nowelizacją, przepisy stanowiły odpowiednio, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 (art. 24 ust. 1 pkt 10) oraz wykonawców, którzy nie złożyli oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 3).

Natomiast zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wskazać należy, iż ustawodawca zrezygnował z bezpośredniego odwołania się do rzeczywistego stanu, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, co określić można jako element prawdy materialnej w postępowaniu, do którego referował uchylony art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy. Ponadto zmodyfikowano znacząco przesłankę wykluczenia z przyczyn formalnych, tj. niewłaściwego przedstawienia przez wykonawcę, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Wskazana dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp referowała jedynie do braku oświadczeń bądź dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast aktualna przesłanka wykluczenia z powodu nieprawidłowości w dokumentowaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tego typu przesłankę należy ocenić, jako co do znaczenia szerszą od wymagania przedłożenia samych oświadczeń czy dokumentów. Wymóg wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Izby, sprowadza się do konieczności przedstawienia przez wykonawcę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych, które pozwolą zamawiającemu wykazywane okoliczności ocenić pozytywnie. W szczególności z samego przedłożenia danych dokumentów, okoliczność taka nie zawsze musi wynikać. Co do zasady więc, powyższe wykazanie spełniania warunków osiągnięte ma być na etapie składania ofert, z zastrzeżeniem możliwości uzupełnienia dokumentów oraz informacji do oferty załączonych przez stosowne wyjaśnienia oraz uzupełnienia składane w ramach prowadzonej przez zamawiającego procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przeciwnie, w ocenie Izby, w ramach wyjaśnień złożonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, potwierdził okoliczność,

że warunku udziału w zakresie dysponowania pełnomocnikiem ds. informacji niejawnych przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie spełnia.

Uzasadniając powyższe stanowisko, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż żądanie zamawiającego w przedmiocie przedłożenia dokumentów wymienionych w pkt 5 rozdziału VI siwz przez każdego z członków konsorcjum z osobna wyrażone w odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 08.04.2010 r. jest jasne. Konsekwencją takiego wskazania jest przyjęcie, że zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z osobna spełniał wymagania ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 11, poz. 95 ze zm.) w zakresie ochrony informacji niejawnych w odniesieniu do pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych. Nie widać postulatów, dla których należałoby wyrażne żądania legitymowania się wymaganym potencjałem osobowym przez poszczególnych wykonawców (udokumentowania tego faktu w określony sposób) interpretować odmiennie tylko dlatego, że zamawiający jednocześnie żądał zaznaczenia w ofercie w jakim zakresie poszczególni wykonawcy będą realizować przedmiotowe zamówienie.

Założenie łącznego spełniania potencjału poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum w celu uznania, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie jest zasadą absolutną, którą można generalnie rozciągnąć na wszystkie sytuacje oraz wszystkie warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Natomiast fakt, że konkretne żądanie spełniania i wykazywania danego warunku przez wszystkich wykonawców ubiegających się razem o udzielenie zamówienia jest sprzeczne z istotą i celem zawierania konsorcjów, a tym samym narusza konkurencję, należałoby udowodnić.

Następnie należy podnieść, że z dokumentów załączonych do oferty odwołującego (Decyzja nr 1/2007 P.U.S. SPADOCHRONIARZ) wynikało, że p. Marek Z. jest pełnomocnikiem ds. ochrony informacji niejawnych przedsiębiorstwa SPADOCHRONIARZ.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, z którego wyraźnie wynikało, że zamawiający przyjmuje, że pełnomocnika takiego dla spółki KMC nie ustanowiono (wskazany brak dokumentów dla takiego pełnomocnika, gdy dokumenty p. M. Zubrzyckiego ewidentnie załączono do oferty i w odniesieniu, do P.U.S. Spadochroniarz ich brak nie był podnoszony), odwołujący zamiast wskazać i wyjaśnić, że pełnomocnikiem spółki jest p. Marek Z., wyjaśnił, że spółka ta nie ma potrzeby powoływania pionu ochrony informacji niejawnych (w tym pełnomocnika). Następnie wskazał, że będzie w tym zakresie korzystał z potencjału P.U.S. Spadochroniarz, ponadto potencjał dla Konsorcjum powinien być rozpatrywany łącznie (w tym pełnomocnika – p. Marka Zubrzyckiego). Argument negatywny, że w piśmie nie padło wprost stwierdzenie, że spółka KMC pełnomocnika nie posiada, jest niewystarczający do

pozytywnego uznania, że z jego treści wynikają informacje istotne, niezbędne dla stwierdzenia okoliczności warunkujących wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przeciwnie, na podstawie ww. informacji oraz systematyki ich przedstawienia nie sposób uznać, że w ramach swoich wyjaśnień czy załączonych do nich dokumentów wskazano, że pełnomocnikiem ds. informacji niejawnych KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. jest p. Marek Z.

Na marginesie powyższego można zaznaczyć, iż odwołujący w pkt 4 pisma z dnia 04.06.2010 r. nie miał problemów z prostym i zrozumiałym zakomunikowaniem roli wskazanych w załączeniu do oferty osób w zakresie informacji dotyczących KONWÓJ-SEKURITY Sp. j., w odniesieniu do której zamawiający również podniósł w swoim wezwaniu brak pełnomocnika ds. informacji niejawnych (brak stosownych dokumentów dotyczących takiej osoby).

Reasumując, w związku z wymaganym przez zamawiającego przedstawieniem i wykazaniem pełnomocnika ds. informacji niejawnych przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz z brakiem wskazania w ofercie Konsorcjum KMC i w ramach przedstawionych na wezwanie zamawiającego uzupełnień i wyjaśnień, że pełnomocnikiem jednego z członków konsorcjum (spółki KMC), jest osoba będąca równocześnie pełnomocnikiem innego współkonsorcjanta (P.U.S. SPADOCHRONIARZ), uznać należało, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dowód na okoliczność faktycznej roli p. Marka Z. w spółce KMC załączony do odwołania nie został wzięty pod uwagę z powodu jego braku znaczenia w sprawie. Dowodzenie tego typu okoliczności faktycznych, w świetle obowiązującej regulacji art. 24 ust. 2 pkt 4 uznano za spóźnione. Dokument taki lub informacje z niego wynikające odwołujący powinien przedstawić zamawiającemu wraz z ofertą lub w trakcie prowadzonego przez niego postępowania uzupełniająco-wyjaśniającego. Brak wskazanych informacji na etapie oceny i wyboru ofert musiał prowadzić do nieodwracalnej konstatacji, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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), zasądzać koszty dojazdu oraz pełnomocnika przystępującego od odwołującego na podstawie faktur przedstawionych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....