

Sygn. akt: KIO 887/15

WYROK

z dnia 14 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Ganso Sp. z o.o., ul. Podwale 128F, 43-606 Jaworzno**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popieluszki 4/6, 42-217 Częstochowa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska S.A., AJM Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Ganso Sp. z o.o., ul. Podwale 128F, 43-606 Jaworzno** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Ganso Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie usługi polegającej na kompleksowym zarządzaniu projektem pod nazwą: Budowa Systemu Inteligentnego Transportu Miejskiego w Częstochowie - ITS jako element zintegrowanego systemu monitorowania i zarządzania sytuacjami kryzysowymi miasta Częstochowa", numer referencyjny: MZDiT.ZP.3411- 95/2015 (dalej „postępowanie”).

Odwołujący: Ganso Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego tj. zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, od zaniechania czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji UE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie oraz od zaniechania przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, przy czym nie krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

2. Przedmiotem zamówienia jest:

1. Studium przed inwestycyjne:

- a) udział w pracach przygotowawczych dotyczących realizacji inwestycji,
- b) analiza ekonomiczno-finansowa (wstępne stadium wykonalności i szacunek kosztów).

2. Finansowanie projektu:

- a) analiza możliwości pozyskania środków współfinansujących projekt,
- b) opracowanie kompleksowej dokumentacji aplikacyjnej o dofinansowanie Projektu ze środków Unii Europejskiej,
- c) opracowanie montażu finansowego Projektu.

3. Projektowanie:

- a) sporządzanie projektu elektronicznego ITS z określeniem jego funkcjonalności, w tym zapewnienie funkcji systemu umożliwiających realizację obowiązków wynikających z art. 19 Ustawy o zarządzaniu kryzysowym..,
- b) wykonanie wszystkich dokumentacji projektowych wymaganych przepisami Prawa budowlanego,

c) sporządzenie szczegółowego szacunku kosztów realizacji (kosztów inwestorskich) przedsięwzięcia,

d) opracowanie i skompletowanie wniosków dla uzyskania niezbędnych decyzji, pozwoleń i uzgodnień administracyjnych.

4. Usługi związane z wyborem Wykonawców projektu:

a) przygotowanie materiałów przetargowych i organizacja postępowania przetargowego dotyczącego Wykonawców robót,

b) opracowanie procedury przetargowej na wybór wykonawcy robót elektronicznych ITS i robót budowlanych.

5. Nadzór nad realizacją robót wykonywanych przez wybranych Wykonawców:

a) Inżynier powinien zapewnić pełny nadzór, w tym nadzór autorski, nad pracami realizowanymi przez Wykonawców w imieniu Zamawiającego,

b) Inżynier powinien wypełniać nadzór inwestorski przez inspektorów nadzoru inwestorskiego, zgodnie z polskim Prawem budowlanym,

c) Inżynier powinien sprawować nadzór inwestorski przez posiadanych specjalistów nad wykonaniem ITS zapewniając zgodność realizacji z projektem.

6. Przekazanie projektu do użytkowania i rozliczania jego realizacji:

a) odbiór zadania od wykonawców i przekazanie go użytkownikowi,

b) rozliczenie zakresu rzeczowego i finansowego Projektu oraz w zakresie kwalifikowalności poniesionych kosztów realizacji, w oparciu o umowę na współfinansowanie Projektu podpisaną między Zamawiającym i Instytucją Finansującą.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE dnia 7 marca 2015 r., nr ogłoszenia 2015/S 047-081805. Zamawiający nie zamieścił SIWZ na stronie internetowej. Zamawiający zamieścił odpowiedzi na zapytanie do treści ogłoszenia na swojej stronie internetowej pod adresem <http://mzd.czyst.pl/przetargi/aktualne-przetargi-ogloszone/1209-wykonanie-uslugi-polegajacej-na-kompleksowym-zarzadzaniu-projektem-pod-nazwa-budowa-systemu-inteligentnego-transportu-miejskiego-w-cz-wie-its-jako-element-zintegrowanego-systemu-monitorowania-i-zarzadzania-sytuacjami-kryzysowymi-miasta-czestochowa>.

4. Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 22 ust. 4 w związku z naruszeniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia;

b) z ostrożności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 12 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji UE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, stosownie do dokonanej zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp;

c) z ostrożności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 12a ust. 2 pkt 2 poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, przy czym nie krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 2, stosownie do dokonanej zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

5. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił wskazaną w odwołaniu czynność zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego zgodnie z art 15 ustawy o ochronie osób i mienia z 22.8.1997 (z Dz.U. 2014 poz.1099).

Z ostrożności, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że kwestionowana w odwołaniu czynność zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, była jednak prawidłowa, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) dokonał czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie,

b) dokonał czynności przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, przy czym nie krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

c) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE zamieścił informację o zmianach w siedzibie oraz na stronie internetowej.

6. Odwołujący wskazuje, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia i zamierzał ubiegać się o zamówienie wspólnie z innymi wykonawcami. Wobec dokonania zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w taki

sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, Odwołujący utracił możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami w taki sposób, aby wspólnie spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego. Brak tej możliwości pozbawia Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia i jego realizację na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach.

Ponadto z ostrożności Odwołujący wskazuje, że gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji UE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie oraz przedłużyłby termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, nie krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stosownie do dokonanej zmiany. W rezultacie nie byłoby wątpliwości, czy dokonana przez Zamawiającego zmiana opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jest zmianą wiążącą i obowiązującą wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami w taki sposób, aby wspólnie spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego. W rezultacie nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć. Z kolei brak odpowiedniej zmiany ogłoszenia o zamówieniu powoduje stan niepewności, czy dokonana przez Zamawiającego zmiana opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jest zmianą wiążącą i obowiązującą wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie czy też nie. W rezultacie Odwołujący nie wie w jaki sposób Zamawiający dokona oceny spełniania warunków, w przypadku złożenia przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami i czy nie będzie to sposób kwestionowany przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami w taki sposób, aby wspólnie spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego i w rezultacie uniemożliwienie wyboru oferty

Odwołującego złożonej wspólnie z innymi wykonawcami jako, najkorzystniejszej oferty, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

7. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

8. Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2015 r. zamieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania do treści ogłoszenia, w tym na Pytanie 10, zgłoszone w przedmiotowym postępowaniu. Jakkolwiek odpowiedź na Pytanie 10 nie pociągnęła za sobą zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji UE ogłoszenie dodatkowych informacji, to bez wątplenia stanowiła zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Z lektury odpowiedzi Odwołujący powziął wiadomość, że Zamawiający zmienił opis warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i to w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Ponadto z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego wynika, że do dziś nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji UE ogłoszenie dodatkowych informacji oraz nie przedłużył terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, przy czym nie krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stosownie do dokonanej zmiany warunków.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał m.in. że: „w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy:

(...) 2. Posiadają świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia potwierdzające pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli co najmniej POUFNE zgodnie z art. 55 ust.1 z dnia 05 sierpnia 2010 r . ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.nr.182, poz. 1228) /.../

6. Posiadają koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego zgodnie z art. 15 ustawy o ochronie osób i mienia z 22.8.1997 (Dz. U. z 2014 poz.1099)".

Odnosnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, że: „w przypadku składania oferty wspólnej przez kilku przedsiębiorców (tzw. konsorcjum) lub przez spółkę cywilną, każdy ze współników konsorcjum lub spółki cywilnej musi złożyć dokumenty wymienione w pkt 1.b do 1.j (lub w pkt 1.k do pkt 1.n). Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP).

Pozostałe dokumentu będą traktowane jako wspólne.” Odwołujący wyjaśnia, że dokumenty wymienione w pkt 1.b do 1.j to wyłącznie dokumenty żądane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, czyli oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji informacji o działalności gospodarczej, aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego itd. Natomiast dokumenty wymienione w pkt1.k do pk1.n to zagraniczne odpowiedniki dokumentów wymienionych w pkt 1.b do 1.j. Odwołujący podkreśla, że pośród dokumentów wymienionych w pkt 1.b do 1.n nie wskazano ani wymaganego w ogłoszeniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego 1-go stopnia, ani wymaganej w ogłoszeniu koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. W rezultacie, zwłaszcza ze względu na wskazanie w ogłoszeniu, że: „pozostałe dokumenty będą traktowane jako wspólne”, w pełni uzasadnione było przyjęcie, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczające będzie jeżeli tylko jeden z nich będzie posiadać wymagane w ogłoszeniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia jak i wymaganą w ogłoszeniu koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego.

Powyższe stanowisko potwierdzały również udzielne przez Zamawiającego odpowiedzi na zapytania do treści ogłoszenia. W odpowiedziach na zapytania do treści ogłoszenia z dnia 23 marca 2015 r. zwrócono się do Zamawiającego z następującym zapytaniem: „w związku z warunkiem określonym w pkt 111.2.1.2 Ogłoszenia, czyli warunkiem posiadania przez Wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzającego pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli co najmniej POUFNE zgodnie z art. 55 ust.1 z 5 sierpnia 2010 r. Ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 182 poz. 1228), prosimy o informację czy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy członek konsorcjum musi posiadać wyżej określone świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego ? ”

Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Nie. Jest to wymóg dla spełnienia warunku z art.22 ust.1 ustawy Pzp i dlatego można łączyć spełnienie go przez Wykonawców występujących wspólnie.”

Podobnie w odpowiedziach na zapytania do treści ogłoszenia z 24 marca 2015 r. sformułowana została odpowiedź na Pytanie 1:

„Pytanie 1

- w związku z warunkiem określonym w pkt III.2.1.6 Ogłoszenia, czyli warunkiem posiadania przez Wykonawcę Koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w

zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego zgodnie z art. 15 ustawy o ochronie osób i mienia z 22.8.1997 (Dz. U. 2014 póź. 1099). prosimy o informację czy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia, każdy z członków konsorcjum powinien posiadać ww. koncesję?

Odpowiedź: Koncesje na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego musi posiadać co najmniej jeden z konsorcjantów."

Z niezrozumiałych względów Zamawiający w odpowiedziach na zapytania do treści ogłoszenia z dnia 24 marca 2015 r. zmienił jednak opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Powyższa zmiana wynika z odpowiedzi na Pytanie 10:

„Pytanie 10. W dniu 23.03.2015 Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytanie jednego z potencjalnych oferentów. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie każdy członek konsorcjum musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

Naszym zdaniem jest to odpowiedź błędna, niezgodna z prawem i Zamawiający nie będzie mógł nie naruszając Ustawy o ochronie informacji niejawnych z 5 sierpnia 2010 (Dz. U. Nr 182 póź. 1228) skutecznie zawrzeć takiej umowy.

Odpowiedź - poprzednia odpowiedź błędna

Każdy członek konsorcjum musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego."

W rezultacie o ile w świetle postanowień ogłoszenia o zamówieniu, potwierdzonych wcześniejszymi odpowiedziami na zapytania do treści ogłoszenia, wystarczające było, aby świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia posiadał co najmniej jeden z konsorcjantów, to odpowiedź zasadniczo zmieniła sytuację wprowadzając wymóg posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez każdego członka konsorcjum.

W ocenie Odwołującego żądanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie ma żadnego uzasadnienia, utrudnia uczciwą konkurencję, nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest to, że samodzielnie dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, natomiast wspólnie dwóch lub więcej wykonawców te warunki już spełnia. W rezultacie wymaganie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od każdego z konsorcjantów podważa sens i cel wspólnego ubiegania się o zamówienie, skoro i tak każdy z konsorcjantów będzie musiał samodzielnie spełniać powyższy warunek. Zmiana jest tym bardziej niezrozumiała, że

odnośnie koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego Zamawiający swojego stanowiska nie zmienił i nadal dopuszcza, aby posiadał ją jeden z konsorcjantów, a nie każdy z nich. Nie sposób zatem zrozumieć dlaczego w jednym wypadku Zamawiający zadawała się posiadaniem określonego zezwolenia przez jednego członka konsorcjum, natomiast w innym wypadku wymaga posiadania określonego zezwolenia przez każdego konsorcjanta z osobna. Przecież te same względy, które przemawiają za tym, aby tylko jeden z konsorcjantów posiadał koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, mają zastosowanie w przypadku wymaganego przez Zamawiającego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia. Skoro Zamawiający akceptuje fakt, że czynności wymagające posiadania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia będą wykonywane tylko przez konsorcjanta posiadającego taką koncesję, to analogicznie powinien zaakceptować fakt, że czynności wymagającą posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia również będą wykonywane tylko przez konsorcjanta posiadającego takie świadectwo.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, że zasada łącznej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu rozciąga się na wszystkie wymogi art. 22 ust. 1 ustawy Pzp bez względu na to, czy ocenia się doświadczenia konsorcjum, czy też posiadanie uprawnień pozwalających na realizację zamówienia. Potwierdzenie takiego stanowiska min. w wyroku KIO 668/13. W wyroku wskazano, że: „należy zgodzić się z tezą, że jeżeli choćby jeden z członków konsorcjum spełnia postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia, wiedzy, potencjału technicznego, potencjału kadrowego, zdolności finansowej i ekonomicznej to spełniać go będzie również całe konsorcjum. W ocenie Izby brak jest podstaw, aby odmienna tezę postawić w zakresie badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 nikt 1 ustawy. Zdaniem Izby wystarczającym jest, gdy jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał działalność wymagającą zezwolenia albo licencji, legitymuje się odpowiednimi uprawnieniami, aby uznać, że całe konsorcjum spełnia powyższy warunek i nie podlega wykluczeniu, nawet w sytuacji, gdy inni członkowie konsorcjum stosownych uprawnień nie posiadają. Przyjęcie odmiennego wniosku przeczyłoby istocie konsorcjum, które z reguły zawiązywane jest w celu połączenia potencjałów celem m/kazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Ze względu na powyższe dokonana zmianę opisu ww. warunku oceniać należy jako sprzeczną z przepisami powołanymi w odwołaniu.

2. Odnośnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 12 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji UE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, stosownie do dokonanej zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzić należy co następuje.

Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że powyższy zarzut stawia wyłącznie z ostrożności i tylko na wypadek uznania przez Izbę, że kwestionowana w odwołaniu czynność zmiany warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, była jednak prawidłowa.

Poprzez udzielenie w dniu 24 marca 2015 r. odpowiedzi na Pytanie 10 zmieniono opis warunku dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zgodnie z art. 12 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może zmienić ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, wymaga to jednak przekazania Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia dodatkowych informacji. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający do dziś nie dokonał zmiany ogłoszenia stosownie do dokonanej zmiany opisu warunku. W rezultacie w świetle ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nadal wystarczające jest, aby świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia posiadał jeden z nich a nie wszyscy z nich. Abstrahując od oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego zmiany wskazać trzeba, że Zamawiający miał obowiązek dokonać zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego.

3. Odnośnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, przy czym nie krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stosownie do dokonanej zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podkreśla, że powyższy zarzut stawia wyłącznie z ostrożności i tylko na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że kwestionowana w odwołaniu czynność zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, była jednak prawidłowa.

Zgodnie z art. 12 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może zmienić ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, wymaga to jednak przekazania Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia dodatkowych informacji. Art 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że jeżeli

zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, Zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 10 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Tym samym Zamawiający powinien nie tylko, stosownie do dokonanej zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku, zmienić ogłoszenie opublikowane w DUUE, lecz również przedłużyć termin składania wniosków z zachowaniem wymogów art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło konsorcjum ECM Group Polska S.A. ul. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa (pełnomocnik wykonawców) i AJM sp. z o.o. ul. Astronomów 9 80-299 Gdańsk.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że z decyzji o budowie systemu teleinformatycznego wynika, że w systemie będą przetwarzane informacje niejawne o klauzuli „poufne”. Wskazał, że na podstawie art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy pzp ograniczył możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia do przedsiębiorców posiadających uprawnienia do ochrony informacji niejawnych, a dokumentem potwierdzającym zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych jest Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydane w oparciu o ustawę z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. nr 182, poz. 1228), zwana „oin”. W toku postępowania uznał, że aby spełnić postawione wymagania, każdy z członków ewentualnego konsorcjum (art. 23 ustawy pzp) musi mieć ustawowe uprawnienia do ochrony informacji niejawnych.

Wskazał na definicję wykonawcy w ustawie pzp oraz definicję przedsiębiorcy w ustawie oin. Poddał w wątpliwość możliwość ubiegania się o zawarcie umów związanych z dostępem do informacji niejawnych przez podmioty, o których mowa w art. 23 ustawy pzp określane jako konsorcjum, wobec braku przymiotu przedsiębiorcy, o jakim mowa w ustawie oin.

Zamawiający stwierdził także, że dokonywał określonych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu i przedłużył, pomimo braku takiego obowiązku w trybie dialogu konkurencyjnego, termin składania wniosków o dopuszczeniu w postępowaniu.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że złożona odpowiedź na odwołanie jest stanowiskiem własnym zamawiającego i załączone do niej dokumenty, w tym „opinia prawna”, nie mają waloru odrębnego dowodu. Zauważył, że zamawiający stara się bezzasadnie wykazać, że w niniejszym postępowaniu nie ma zastosowania art. 23 ust. 2 PZP. Wskazał, iż w ogłoszeniu sformułowano szereg warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie odwołujący zamierza wykazać w ramach wspólnego ubiegania się o zamówienia np. posiadanie ubezpieczenia OC, zdolności finansowe, dysponowanie osobą do pełnienia funkcji inżyniera projektanta branży drogowej i specjalisty do spraw finansowych (osób, co do których nie ma wymogu posiadania poświadczenia bezpieczeństwa osobowego). Stwierdził, że z treści ogłoszenia zawierającego warunki udziału wynika, iż dopuszczalne jest wspólne ubieganie się o zamówienie przez wykonawców. Twierdzenie zamawiającego o niepodzielności zamówienia zakwestionował i wskazał, iż w ogłoszeniu sformułowano w pkt III.7 wymóg dysponowania siedmioma osobami o określonych kwalifikacjach, wśród których co do pięciu wskazano na wymóg posiadania poświadczenia bezpieczeństwa osobowego na poziomie poufne lub wyżej, a co do dwóch wymogu takiego nie sformułowano. Na poparcie stanowiska dodatkowo wskazał na orzeczenia KIO 786/10, 198/09, 2037/13. Stwierdził, że wskazanie w odpowiedzi na odwołanie zmiany ogłoszenia nie zostały dokonane w zakresie określonym zarzutami odwołania (warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do świadectwa bezpieczeństwa). W konsekwencji z powyższej przyczyny nie dokonywano również przedłużenia terminu składania ofert. Zauważył, że możliwy jest udział w wykonywaniu umowy przez wykonawcę polegający na udostępnieniu określonego potencjału, natomiast faktyczna realizacja może być wykonywana przez wykonawcę posiadającego świadectwo bezpieczeństwa. Wskazał na przedmiot zamówienia, którym jest usługa zarządzania projektem. Przypomniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania określonym potencjałem osobowym.

Zamawiający stwierdził, że z ustawy o ochronie informacji niejawnych wynika wymóg posiadania świadectwa bezpieczeństwa przez wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie. Podtrzymał wątpliwości co do zastosowania art. 23 ust. 2 PZP w niniejszym

postępowaniu. Stwierdził, że na obecnym etapie podtrzymuje twierdzenie o niepodzielności przedmiotu zamówienia. Ponownie wskazał, że strona umowy zawartej w wyniku tego postępowania, a także ewentualnie podwykonawca musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa wynikające z ustawy. Wskazał na złożoność przedmiotu zamówienia, która nie wynika wyłącznie z samej nazwy. Przypomniał, że postępowanie z uwagi na tę złożoność prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. Podkreślił, że z uwagi na przedmiot postępowania oprócz ustawy PZP ma zastosowanie ustawa o ochronie informacji niejawnych.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także treść ogłoszenia o zamówieniu wraz z dokonanymi zmianami, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Kwestia, czy w postępowaniu, w którym oprócz ustawy pzp ma zastosowanie ustawa o ochronie informacji niejawnych, dopuszczalny jest udział podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, określanych powszechnie na gruncie prawa zamówień publicznych jako konsorcjum, jest w ocenie składu orzekającego bezsporna. Dopuszczalność takiego udziału wynika wprost z przepisu art. 23 ustawy pzp. Nie ma przy tym podstawy do twierdzenia, iż z ustawy o ochronie informacji niejawnych miałby wynikać zakaz udziału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oceny takiej nie zmienia oczywiście fakt, że obydwie ustawy posługują się odmiennym definiowaniem podmiotów, tak po stronie usługodawcy, jak i usługobiorcy. W ustawach są to odpowiednio wykonawcy czyli przedsiębiorcy oraz zamawiający czyli jednostki organizacyjne.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 w związku z naruszeniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w taki sposób, że opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, należy stwierdzić, co następuje.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytanie jednego z potencjalnych oferentów, iż "Każdy członek konsorcjum musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego."

Skład orzekający zauważa w tym miejscu, że wskazany wymóg świadectwa bezpieczeństwa nie mieści się w dyspozycji art. 22 ust. 1 ustawy pzp, jako że nie dotyczy właściwości podmiotowych wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem zamówienia są usługi, co do których zamawiający stosownie do swojej decyzji oczekuje zapewnienia bezpieczeństwa informacji spełniających

wymagania wynikające z przepisów powołanej wyżej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Bezpieczeństwo przemysłowe to działania związane z zapewnieniem ochrony informacji niejawnych udostępnianych przedsiębiorcy w związku z umową lub zadaniem wykonywanym na podstawie przepisów prawa. Przedmiotem bezpieczeństwa przemysłowego są informacje niejawne o określonych klauzulach.

Natomiast podmiotami są przedsiębiorcy zamierzający uzyskać dostęp do informacji niejawnych w związku z realizacją umów oraz jednostki organizacyjne zlecające ich wykonanie. W ocenie składu orzekającego Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadać będą postawionym wymaganiom, w tym wypadku wymaganiom zapewnienia ochrony informacji niejawnych w ramach umowy wykonywanej ewentualnie przez wykonawców działających wspólnie. Tak postawiony wymóg ma podstawę prawną w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz § 6 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Z ostatniego ze wskazanych przepisów wynika jednoznacznie, że dowody dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa informacji mają spełniać wymagania z przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych i mają one charakter dokumentów przedmiotowych. Należy nadto zauważyć, że zapewnienie ochrony informacji jako stanowiących przedmiot zamówienia spoczywa na każdym z wykonawców, którzy są odpowiedzialni za realizację umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....