

Sygn. akt: KIO 2365/17

WYROK
z dnia 4 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Warbud Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 32 (02-672 Warszawa), **UAB ALVORA**, ul. Visoriu 33, LT-08300 Wilno (Litwa), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Białorusi**, ul. Biaduli 11, 220034 Mińsk (Białoruś)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, UAB ALVORA z siedzibą w Wilnie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, UAB ALVORA z siedzibą w Wilnie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Białorusi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na *budowę siedziby Ambasady RP w Mińsku przy ul. Starowileński Trakt* (nr sprawy: AMB.MIN.741.1.2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 29 lipca 2017 r., 2017/S 144-297971, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – konsorcjum w składzie: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, UAB ALVORA z siedzibą w Wilnie wnieśli w dniu 10 listopada 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2365/17).

W dniu 31 października 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o złożonych wnioskach, wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podstawie wykluczenia z postępowania między innymi Odwołującego.

Odwołaniem objęte zostały czynności i zaniechania mające prowadzić do naruszenia przepisów Ustawy Pzp:

1. art. 131e ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu i równoczesny brak podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i przyjęcie, że wystarczającym dla powyższego jest ogólna informacja o rzekomym niewykazaniu przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia podczas gdy ciężar wykazania przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania obciąża Zamawiającego, a zgodnie z jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadą przejrzystości – Zamawiający powinien przedstawić to uzasadnienie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości;
2. art. 131v pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez brak udostępnienia informacji niejawniej pomimo wystąpienia z takim wnioskiem przez Odwołującego;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust 1b Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 144-297971 w dniu 29 lipca 2017 r.:
4. z ostrożności, również naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych przedłożonych wraz z wnioskiem, podczas gdy jeżeli rzeczywiście dokumenty te wzbudziły u Zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to

obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie odpowiedniego wezwania do Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 31 października 2017 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i dokonania ponownej oceny wniosków.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na wymagania ustalone dla tego zamówienia opisane w ogłoszeniu w sekcji III.2.1, dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie podleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i 1b Pzp oraz rękojmi zachowania tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”.

W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej Zamawiający żądał certyfikatu (atestów) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi z dn. 2.5.2014 r. *o niektórych kwestiach certyfikacji podmiotów prawnych i przedsiębiorców indywidualnych prowadzących poszczególne rodzaje działalności architektonicznej, urbanistycznej i budowlanej (ich części), wykonujących prace dotyczące badania budynków i budowli*. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, Zamawiający żąda certyfikatu (atestu) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II, który musi posiadać co najmniej jeden Wykonawca z zastrzeżeniem, że pozostali Wykonawcy, którzy będą realizować roboty budowlane muszą posiadać certyfikat (atest) zgodności na budowę obiektów II klasy zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi.

Zastrzeżenia Odwołującego dotyczą decyzji o wykluczeniu go z postępowania opartej na stwierdzeniu przez Zamawiającego, iż Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, co nie zostało uzasadnione, gdyż Zamawiający na podstawie art. 131e ust. 4 Pzp odstąpił od uzasadnienia decyzji ponieważ informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa, stanowiące podstawę wykluczenia Odwołującego, są informacjami niejawnymi i instytucje przekazujące te informacje zastrzegły, iż nie wyrażają zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. Ponadto Zamawiający uznał, że przedstawione we wniosku informacje i dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności nie spełniają wymagań Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku w wymaganym zakresie z uwagi na pierwszą podstawę wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zaprzeczał stanowisku Zamawiającego, przedstawiając w uzasadnieniu argumenty mające potwierdzić, iż spełnia on wszelkie warunki udziału w postępowaniu określone w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odmawiając wskazania uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie określił przepisu, który miałby stanowić podstawę wykluczenia, co naruszało podstawowe zasady prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym zasadę przejrzystości (art. 7 ust. 1 Pzp), a także stanowiący jej wyraz art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący mógł jedynie domyślać się, że podstawą wykluczenia ma być art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczący braku wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. W jego ocenie nie może być postrzegane za podanie takiej podstawy prawnej wyłącznie odwołanie się do informacji uzyskanych od właściwych instytucji. Zamawiający zobowiązany był przedstawić w sposób jasny i nie budzący wątpliwości przesłanki do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, co może następnie stanowić podstawę do ewentualnego dochodzenia praw w postępowaniu odwoławczym. Chociaż ustawa Pzp w art. 131e ust. 4 pozwala Zamawiającemu na odstąpienie od uzasadnienia swojej decyzji, to nie odnosi się to odstąpienia od podania podstawy prawnej.

Odwołujący przyznał, iż sprzecznym z zasadami ochrony informacji niejawnych byłoby podanie w jawnym i ogólnie dostępnym piśmie informacji prawnie chronionych. Nie ma jednak przeszkód prawnych i co więcej jest to wprost wskazane w Pzp, aby wykluczony wykonawca miał możliwość zapoznania się z wszelkimi dokumentami, mającymi świadczyć o obowiązku jego wykluczenia (art. 131v pkt 3 Pzp). W ocenie Odwołującego, niezależnie od tego jaki podmiot wytworzył dokument zawierający informację niejawną, Zamawiający na podstawie art. 131v pkt 3 Pzp zobowiązany był go udostępnić Odwołującemu, pod warunkiem wykazania odpowiedniego poświadczenia bezpieczeństwa. Również w ramach postępowania odwoławczego, zarówno jego uczestnicy jak również wyznaczony skład orzekający mają możliwość (i obowiązek) zapoznania się z odpowiednimi dokumentami, w tym zawierającymi informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie informacji niejawnej, a odmowa udostępnienia dokumentu Wykonawcy stanowić ma samodzielną podstawę zarzutu naruszenia art. 131v pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp. Wykonawca powinien móc zapoznać się z dokumentem w czytelni w kancelarii tajnej Zamawiającego, pod warunkiem posiadania poświadczenia bezpieczeństwa zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych. Również w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa

państwa, konieczne jest zachowanie podstawowych zasad, w tym zasady przejrzystości, której gwarancją zachowania jest przepis art. 131v pkt 3 Pzp.

Zastrzeżenie autora dokumentu braku zgody na udostępnienie informacji, w ocenie Odwołującego nie mogło być skuteczne wobec wykonawcy posiadającego stosowne poświadczenie bezpieczeństwa, którym opatrzony jest przedmiotowy dokument.

W związku z brakiem wypełnienia przez Zamawiającego nałożonych na niego obowiązków opisany przepisami powołanymi powyżej dodatkowo doszło do naruszenia zasady przejrzystości w podejmowanych decyzjach, co poddaje pod wątpliwość zasadność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do dodatkowej przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12) Odwołujący sprzeciwił się stwierdzeniu, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt III.2.1 ogłoszenia. Zgodnie z literalnym brzmieniem Zamawiający wymagał przedstawienia stosownego atestu na pełnienie funkcji generalnego wykonawcy od jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W przypadku pozostałych członków konsorcjum, i to jedynie tych, którzy będą realizować roboty budowlane - atesty zgodności na budowę obiektów II klasy będą wymagane, ale dopiero na etapie realizacji tychże robót. Odwołujący spełnia tak postawiony warunek i jako realizujący w charakterze generalnego wykonawcy przebudowę Pałacu Paców na siedzibę Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Wilnie, daje gwarancję należytego zrealizowania zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu, w odniesieniu do podwykonawców wskazał, iż zgodnie z prawem białoruskim podwykonawca, który zawarł z Generalnym Wykonawcą umowę o wykonanie poszczególnych rodzajów robót, podlegającej obowiązkowej certyfikacji, zgodnie z Postanowieniem Rady Ministrów RB nr 252 z dnia 21.03.2014 r. powinien posiadać certyfikat zgodności na budowę obiektów klasy II. Wymóg ten odnieść należy zatem do etapu realizacji konkretnych robót budowlanych, a nie etapu składania wniosku o odpuśczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy. Ta sama zasada obowiązuje w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie. Posiadanie atestu dla członka (członków) konsorcjum (poza wymogiem dla generalnego wykonawcy) będzie się materializować w sytuacji, gdy będą oni podejmować prace na obiektach budowy klasy II. Tylko przy takiej wykładni warunku może dojść do zachowania zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Ewentualne nieścisłości powinny być interpretowane na korzyść danego wykonawcy.

Warbud S.A. jest w trakcie uzyskiwania niezbędnych atestów w Białorusi, co wymaga zdobycia decyzji i stanowisk kilku różnych organów. Szacunkowy czas trwania tej procedury

wynosi dla podmiotów zagranicznych od 3 do 6 miesięcy. Zatem wymóg posiadania atestów już na etapie wszczęcia postępowania, jeszcze przed przeprowadzeniem negocjacji, jest nieproporcjonalny, w sytuacji gdy posiadanie atestów jest wymagane prawem białoruskim dopiero na etapie faktycznego wykonywania prac budowlanych. Biorąc pod uwagę, iż prace budowlane mogą rozpocząć się dopiero po 8 miesiącach od udzielenia zamówienia, ten czas jest wystarczający do uzyskania niezbędnych atestów.

Obowiązkiem Zamawiającego dokonującego oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w przypadku powzięcia wątpliwości co do spełniania warunków przez wykonawcę, jest skorzystanie z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp, które mają bezwarunkowy charakter. Jedynym wyjątkiem jest sytuacja, w której wykonawca podlegałby wykluczeniu z postępowania z oferta odrzuceniu z innych powodów. Ponieważ Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający nie miał podstaw do jego wykluczenia, a gdyby w jego ocenie takie podstawy zachodziły, Zamawiający miał obowiązek skorzystania z dyspozycji przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Z uwagi na złożone w sprawie dowody, tj. pisma o klauzuli „poufne” oraz „zastrzeżone” rozprawa przeprowadzona została w dniu 29.11.2017 r. z wyłączeniem jawności z udziałem pełnomocników stron posiadających stosowne poświadczenie bezpieczeństwa. Powyższe prowadzi również do tego, że uzasadnienie orzeczenia, w zakresie dotyczącym zarzutów związanych z jedną z podstaw decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie zawiera omówienia informacji wymagających ochrony przed nieuprawnionym dostępem.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Z uwagi na konsekwencje decyzji o wykluczeniu z postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, należało

uznać, że odwołanie ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której do Odwołującego zostałyby skierowane zaproszenie do złożenia oferty, co wymagałoby uprzedniego stwierdzenia, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Ponieważ odwołaniem objęte zostały te czynności i zaniechania Zamawiającego, których efektem było określenie kręgu podmiotów, do jakich skierowane zostało zaproszenie do złożenia ofert, Odwołujący nie dopuszczony do dalszego udziału w postępowaniu, ma interes w tym aby żądać zweryfikowania prawidłowości oceny jego wniosku. Powyższe skłaniało do przyjęcia, iż Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie zamykały mu drogę do złożenia oferty i ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Na wstępie należy zauważyć, iż postępowanie prowadzone jest według zasad obowiązujących dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, opisanych w rozdziale 4a Ustawy. Zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania:

- wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Zgodnie z art. 131e ust. 2 Ustawy Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie natomiast z art. 131e ust. 4 Ustawy Zamawiający odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są

informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu.

W sekcji III.2.1 ppkt 1 ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1. spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień;
2. nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej ustawą;
3. dają rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, w sposób określony przepisami ustawy z dnia 15 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2016, poz. 1167 z późn. zm.) zwana dalej ustawą OIN.

W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej Zamawiający *żąda certyfikatu (atestów) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi z dn. 2.5.2014 r. O niektórych kwestiach certyfikacji podmiotów prawnych i przedsiębiorców indywidualnych prowadzących szczególne rodzaje działalności architektonicznej, urbanistycznej i budowlanej (ich części), wykonujących prace dot. badania budynków i budowli. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, Zamawiający żąda certyfikatu (atestu) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II, który musi posiadać co najmniej jeden Wykonawca z zastrzeżeniem, że pozostali Wykonawcy którzy będą realizować roboty budowlane muszą posiadać certyfikat (atest) zgodności na budowę obiektów II klasy zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi (ppkt 2).*

W celu potwierdzenia, że Wykonawcy dają rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, zgodnie z art. 54 ust. 10 ustawy OIN, Wykonawca jest zobowiązany spełnić wymagania ustawy w zakresie ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone”, tj.:

- a) kierownik jednostki organizacyjnej w rozumieniu ustawy OIN musi posiadać aktualne zaświadczenie o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych;
- b) osoby wskazane w sekcji III.2.3 pkt 2) niniejszego ogłoszenia, mające wykonywać prace związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”

powinny się legitymizować aktualnym, pisemnym upoważnieniem wydanym przez kierownika jednostki organizacyjnej, w sytuacji gdy nie posiadają poświadczenia bezpieczeństwa oraz aktualnym zaświadczeniem o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

W przypadku udziału podwykonawców Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do wymogu zawartego w sekcji III.2.1 pkt 1 ppkt (warunki w zakresie kompetencji lub uprawnień), zgodnie z prawem białoruskim podwykonawca, który zawarł z Generalnym Wykonawcą umowę o wykonanie poszczególnych rodzajów robót, podlegającej obowiązkowej certyfikacji, zgodnie z Postanowieniem Rady Ministrów RB nr 252 z dnia 21.03.2014 r., powinien posiadać certyfikat zgodności na budowę obiektów klasy II. Podmiot prawny posiadający certyfikat zgodności na budowę obiektów klasy II dowolnej kategorii ma prawo do prowadzenia ww. działalności (wg rodzajów robót podanych w certyfikacji), jako podwykonawca na obiektach budowy klasy II.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez Odwołującego, jako wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider - pełnomocnik) oraz zamknięta spółka akcyjna „ALVORA” z siedzibą w Wilnie (Republika Litewska) – członek konsorcjum. Do wniosku z dnia 28.08.2017 r. załączone zostały certyfikaty (atesty) – deklaracje zgodności Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi, wydane dla spółki ALVORA, o Nr 0000271-CT (deklaracja kategorii pierwszej do wykonywania *Budownictwa obiektów pierwszej-czwartej klasy trudności*) oraz Nr 0000201-FC (deklaracja kategorii pierwszej na wykonywanie *Funkcji generalnego wykonawcy*) – str. 21-31 wniosku. Ponadto, Warbud S.A. załączył, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.1 ppkt 2 ogłoszenia, oświadczenie własne z dnia 28.08.2017 r., iż *na etapie realizacji robót budowlanych będzie posiadał certyfikat (atest) zgodności na budowę obiektów II klasy zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi* – str. 32 wniosku. Do wniosku, na stronach od 127 do 130 załączony został *Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadających poświadczenia bezpieczeństwa oraz przeszkolenie (cztery osoby)*. Zamawiający żądał przedłożenia dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania. Oprócz wykazu Wykonawca składał w oryginale lub kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem dokumenty dotyczące osób wskazanych w wykazie: projektant branży elektrycznej; kierownik budowy; kierownik robót w branży SZT, kierownik jednostki organizacyjnej. Na stronach od 102 do 115 wniosku załączone zostały poświadczenia bezpieczeństwa dla tych osób wystawione na wniosek spółki Warbud S.A., wraz z

zaświadczeniami stwierdzającymi odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych pracowników Warbud S.A.

W stosunku do Odwołującego Zamawiający zastosował przywołane przepisy i dokonał w dniu 31 października 2017 r. Jego wykluczenia z postępowania, w części odstępując od uzasadnienia tej decyzji. Zamawiający wskazał, iż *Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Jednocześnie, w oparciu o art. 131e ust. 4 ustawy Zamawiający odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, bowiem informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa, stanowiące podstawę wykluczenia Wykonawcy są informacjami niejawnymi i instytucje przekazujące te informacje zastrzegły, iż nie wyrażają zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. Dodatkowo Zamawiający informuje, że wyklucza Wykonawcę z udziału w postępowaniu, gdyż Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy. Zamawiający następnie przywołał treść warunku opisanego w sekcji III.2.1 ogłoszenia dotyczącego wymaganych certyfikatów (atestów) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi z dnia 02-05-2014 r. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie Zamawiający żądał *certyfikatu (atestu) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II, który musi posiadać co najmniej jeden Wykonawca z zastrzeżeniem, że pozostali Wykonawcy, którzy będą realizować roboty budowlane muszą posiadać certyfikat (atest) zgodności na budowę obiektów II klasy zgodnie z Postanowieniem nr 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi.* Zamawiający wykluczył Odwołującego, nie wzywając do uzupełnienia brakującego dokumentu (certyfikatu) dla Warbud S.A., który złożył w tym zakresie oświadczenie własne, że będzie posiadał certyfikat (atest) zgodności na budowę obiektów II klasy zgodnie ze wskazanym Postanowieniem nr 25, dopiero na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, iż przyjęcie oświadczenia Warbud S.A. byłoby niezgodne z wymaganiami wskazanymi powyżej, gdyż certyfikaty miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentu z uwagi na wystąpienie innych powodów wykluczenia z udziału w postępowaniu (podstawa, której nie uzasadnił powołując się na art. 131e ust.4 Ustawy).*

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż treść ogłoszenia dotycząca wymagań opisujących warunki udziału w postępowaniu nie uległa modyfikacji po jej ogłoszeniu. Odwołujący pismem z dnia 8.8.2017 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem

o wydłużenie terminu oraz udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące treści ogłoszenia. W jednym z pytań (pytanie nr 1) Odwołujący odniósł się do warunku opisanego w pkt III.2.1 ogłoszenia kierując do Zamawiającego propozycję jego zmiany w ten sposób, że *posiadanie określonych certyfikatów (atestów) będzie wymagane przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia (tj. w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą lub w momencie faktycznego rozpoczęcia prowadzenia robót budowlanych*. Pytanie dotyczyło atestów zgodności na pełnienie funkcji generalnego wykonawcy oraz atestu zgodności na budowę obiektów II klasy, które to wymaganie Odwołujący w piśmie ocenił, jako nadmiernie wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a przez to mogące ograniczać konkurencję. W piśmie wskazane zostało Zamawiającemu, iż Warbud S.A. jest w trakcie uzyskiwania niezbędnych atestów na Białorusi, a według racjonalnej oceny aktualnego stanu postępowania, nie jest obiektywnie możliwe ich uzyskanie do dnia wskazanego w ogłoszeniu, jako termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z uwagi na tryb postępowania, dopiero po zakończeniu negocjacji, na podstawie złożonych ofert będzie udzielone zamówienie wybranemu wykonawcy, a Zamawiający zastrzegł możliwość rozpoczęcia robót budowlanych w terminie do 8 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia. W tych okolicznościach Wykonawca dążył do zmiany warunku na taki, w którym możliwe będzie posiadanie atestów na moment faktycznego rozpoczęcia prowadzenia robót budowlanych albo na moment zawarcia umowy z wykonawcą, a nie na etapie trwania negocjacji (postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Poza wskazanym zapytaniem Odwołujący nie korzystał z prawa do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający pozostawił pismo Odwołującego bez odpowiedzi i nie dokonał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełnienia tych wymagań, których potwierdzenia Zamawiający oczekiwał na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na podstawie dokumentów składanych wraz z wnioskiem (m.in. atestów – certyfikatów).

Zamawiający przed wszczęciem postępowania podejmował kroki w celu ustalenia zgodnych z wymaganiami prawa miejscowego wymagań, co było podyktowane koniecznością rozwiania wątpliwości, odnośnie zapisów zawartych w *Postanowieniu Ministerstwa Architektury i Budownictwa RB z 2.05.2014 nr 25 „O niektórych aspektach atestacji osób prawnych, przedsiębiorców indywidualnych realizujących wybrane rodzaje działalności architektonicznej, urbanistycznej i budowlanej”* – protokół z I posiedzenia komisji przetargowej z dnia 20.03.2017 r. Na spotkaniu, które miało miejsce w Ministerstwie Architektury i Budownictwa poruszona była m.in. kwestia ustalenia, czy w przypadku

wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia konieczne jest, aby wszyscy wykonawcy posiadali atestację na wykonanie całego budynku (II kategorii). Ponadto dopytywano się, czy w sytuacji gdy, generalny wykonawca złoży wspólną ofertę z podmiotem, który będzie wykonywał jedynie roboty elektryczne, to wystarczy atest na roboty objęte tylko zakresem, który ma wykonać. W piśmie z dnia 30.3.2017r. Ministerstwo Architektury i Budownictwa RB odniosło się do poruszonych kwestii, co znalazło odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamówieniu, w którym przywołano informacje dotyczącą udziału podwykonawców oraz generalnego wykonawcy, który musi posiadać certyfikat zgodności na pełnienie funkcji kategorii odpowiadającej klasie budynku lub budowy (zacytowane wcześniej).

Uwzględniając powyższe Izba zważył.

Odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Zasadniczo istota zarzutów stawianych Zamawiającemu sprowadzała się do zakwestionowania możliwości odstąpienia od przekazania Wykonawcy uzasadnienia decyzji o wykluczeniu z postępowania (zarzut nr 1 i 2), a także zaprzeczenia wystąpienia przesłanki do uznania, iż Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do wykonywania działalności stwierdzonych certyfikatem/atestem (zarzut nr 3). Ponieważ Odwołującemu nie zostały przez Zamawiającego udostępnione informacje niejawne przekazane w toku postępowania przez organy zewnętrzne, Wykonawca nie miał możliwości zweryfikowania pełnej podstawy z jakiej został wykluczony z postępowania. Z informacji zawartej w zawiadomieniu Odwołujący wywnioskował, iż jedną z przyczyn wykluczenia z postępowania mogło być uznanie Wykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób, niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Powyższe wywiódł z braku uzasadnienia pierwszej z podstaw wykluczenia, referującej do art. 131e ust. 4 Ustawy i wskazanej w tym przepisie podstawy związanej z informacjami niejawnymi otrzymanymi od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, co do których przekazujący zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentów. Zarzut nr 4 - braku wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący podniósł z ostrożności, gdyż zasadniczo sprzeciwia się uznaniu przez Zamawiającego, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na złożone w sprawie dowody z dokumentów niejawnych o nadanej klauzuli „zastrzeżone” i „poufne” rozprawa miała charakter niejawny, a uzasadnienie w tej części nie

zawiera informacji prawnie chronionych. Izba w trakcie rozprawy odmówiła Odwołującemu wglądu w dokumenty powołując się na brak spełnienia przesłanki z art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych (daje ustawa OIN), gdyż zapoznanie się z tymi informacjami nie miało na celu wykonania prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych (zasada wiedzy niezbędnej). Spełnienie przesłanki „wiedzy niezbędnej” (*need to know*) jest konieczne do tego, aby móc zapoznać się z informacją niejawną w każdej sprawie, w której informacje zostały zaklasyfikowane jako niejawne w rozumieniu ustawy OIN. Kwestia dotycząca poświadczeń bezpieczeństwa osób, którym informacja miała być przekazana oraz wymagań formalnych związanych z miejscem i sposobem udostępnienia informacji, nie wpływa na możliwość odstąpienia od weryfikacji zasady wiedzy niezbędnej. W orzecznictwie, *zasada wiedzy niezbędnej, warunkująca zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy udostępnienie informacji niejawnych oznacza, że zapoznanie się przez daną osobę z informacjami niejawnymi, służyć ma wykonywaniu przez tę osobę pracy lub pełnieniu służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywaniu prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych. Nikt zatem nie może domagać się udostępnienia informacji niejawnych, nawet jeżeli posiada poświadczenie bezpieczeństwa do odpowiedniej klauzuli, jeżeli informacja taka nie jest niezbędna do wykonywania pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych.* (vide: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12.2.2015 r., sygn. II SA/Wa 1749/14). Odmawiając przekazania informacji Odwołującemu Izba ustaliła, iż Wykonawca ten nie realizuje obecnie żadnego zlecenia (umowy), z którym związana byłaby informacja niejawna, co do której organ zewnętrzny odmówił możliwości jej udostępnienia. Przyjmując za własne motywy zawarte w przywołanym orzeczeniu, *dostęp do wnioskowanej informacji niejawnej pozostawać musi w ścisłym związku z realizacją konkretnej pracy, konkretnego zlecenia (umowy), do wykonania których niezbędne jest zapoznanie się z tą informacją.* Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż Warbud S.A nie realizuje obecnie żadnego zlecenia na terenie Republiki Białorusi, a sytuacja faktyczna współkonsorcjanta dotycząca jego zleceń, nie jest mu znana. Ponieważ Odwołujący nie wykazał, aby w sprawie zachodziła konieczność zapoznania się z informacją niejawną, w rozumieniu zasady wiedzy niezbędnej, Izba nie miała podstaw do przekazania dokumentów przedłożonych, jako dowód w sprawie odwoławczej. W szczególności, w ocenie Izby samo stwierdzenie, że informacje te wypełniały przesłankę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, nie stanowiło dostatecznej podstawy do tego, aby uznać, że informacje te są niezbędne do realizacji zlecenia (umowy), które miałyby być realizowane dopiero w przyszłości z zastrzeżeniem, że Wykonawca złożyłby najkorzystniejszą ofertę, którą Zamawiający by wybrał. Przeciwnie, stan faktyczny, w którym wykonawca zostaje wykluczony z postępowania wskazuje, że nie będzie

on realizował umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym informacje niejawne nie są i nie będą niezbędne dla tego Wykonawcy do realizacji przedmiotowego zlecenia.

Odnosząc się zatem do zarzutów skierowanych wobec czynności Zamawiającego Izba w części dotyczącej pierwszej podstawy wykluczenia pomimo braku precyzyjnego wskazania w uzasadnieniu decyzji podstawy prawnej i faktycznej, nie dopatrzyła się naruszenia Ustawy, które mogłoby wpływać na wynik oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Chociaż Zamawiający nie przywołał wprost przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy, Wykonawca mógł z uzasadnienia wywieść, iż podstawy decyzji o wykluczeniu z postępowania należy upatrywać w informacji niejawnej wynikającej z innych dokumentów, niż składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przywołana w uzasadnieniu norma z art. 131e ust. 4 Ustawy odnosi się bowiem wprost do informacji niejawnych otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa, (stanowiące podstawę wykluczenia), co do których instytucja przekazująca zastrzegła, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. Izba potwierdziła, iż Zamawiający rzeczywiście dysponował tymi dokumentami, co zostało zweryfikowane w trakcie rozprawy poprzez sprawdzenie sygnatur pism złożonych w kancelarii tajnej i zapoznaniu się z ich treścią. Część dokumentów przedłożonych do sprawy odwoławczej stanowiła materiał uzupełniający do informacji, jakie zostały Zamawiającemu przekazane na etapie oceny wniosku Odwołującego, które Zamawiający był zobowiązany uwzględnić w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ nie wpływały one na istotę oceny zawartej w dokumentach znanych na etapie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zasadniczymi w sprawie pozostawały informacje przekazane Zamawiającemu.

Zarzut zaniechania udostępnienia pełnej informacji stanowiącej podstawę wykluczenia z postępowania Izba oddaliła, gdyż wnioski Odwołującego wynikające z analizy przepisów Ustawy, nie mogły być przyjęte jako prawidłowe. Odwołujący wywodził bowiem z normy ujętej w art. 131v pkt 3 Ustawy bezwzględny i niepodlegający jakimkolwiek ograniczeniom nakaz ustanowiony w stosunku do zamawiających prowadzących postępowanie na podstawie rozdziału 4a Ustawy do udostępnienia dokumentów niejawnych. Na wstępie należy zauważyć, iż w poprzedzającym przywołany przepis punkcie pierwszym ustawodawca wskazał na odpowiednie stosowanie przepisów m.in. art. 8 ust. 3 oraz art. 92 Ustawy w zakresie udzielania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Wprost zawiera on uprawnienie dla zamawiającego do odmowy udzielenia informacji, *jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym*

z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy innymi. Opisane w pkt 3 warunki dla zapoznania się z dokumentami niejawnymi w kancelarii tajnej zamawiającego przez osoby posiadające poświadczenie bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawy OIN, nie stanowią kompleksowej regulacji znajdującej zastosowanie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim kwestia dostępu do informacji niejawnych stanowi zakres regulacji ustawy OIN, a zapisy Ustawy nie prowadzą do modyfikacji zasad, na jakich informacje niejawne mogą być udostępnione osobie zainteresowanej. Wiążąca pozostaje zatem zasada wiedzy niezbędnej, omówiona powyżej i wynikająca z niej konieczność wykazania związku pomiędzy informacją niejawną, która służyć ma wykonywaniu przez daną osobę pracy lub pełnieniu służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywaniu prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych. Zatem samo odwołanie się do zasady przejrzystości postępowania, nie może być wystarczającą podstawą do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Skoro ustawodawca wskazuje na możliwość odstąpienia od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z uwagi na inne ważne interesy, których ochrona stanowi priorytet, to zasada przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, ulega ustawowej modyfikacji wobec ogólnych zasad na jakich prowadzone są postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ Odwołujący nie wykazał wypełnienia przesłanki materialnej wskazanej w art. 4 ust 1 ustawy OIN, a całość argumentacji skupiał wokół przesłanek formalnych dotyczących poświadczeń bezpieczeństwa oraz statusu uczestnika danego postępowania, odwołanie nie mogło odnieść skutku.

Dokonując weryfikacji merytorycznej czynności Zamawiającego Izba uwzględniła treść dokumentów niejawnych mających istotne znaczenie dla ustalenia, czy spełniona została przesłanka do wykluczenia Wykonawcy z postępowania wskazana w art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy. Izba oceniając dowody ustaliła, że pochodziły one od właściwej instytucji państwowej oraz zawierały informacje dotyczące Wykonawcy, który złożył wniosek w przedmiotowym postępowaniu. Ustalenia te pozwoliły uznać, iż działania Zamawiającego nie miały charakteru arbitralnego i były podyktowane oceną dokonaną przez właściwą służbę państwową, co stanowiło dla Zamawiającego wiążącą podstawę do podjęcia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe prowadziło do oddalenia zarzutów naruszenia art. 131e ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 131v pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Ustawy.

Odnosząc się do drugiej z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania wynikającej z oceny dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, decydującym w sprawie była treść ogłoszenia wyznaczająca zakres weryfikacji podmiotowej wykonawców. Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że spełnia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 1 Ustawy, dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Zgodnie z art. 131e ust. 2 Ustawy *Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1.*

Na wstępie należy odnieść się do brzmienia wymagania opisanego w sekcji III.2.1 ogłoszenia, w którym Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy posiadali certyfikat (atest) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa (pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy) dla budowy obiektów klasy II zgodnie z Postanowieniem na 25 Ministerstwa Architektury i Budownictwa Republiki Białorusi z dn. 2.5.2014 r. *o niektórych kwestiach certyfikacji podmiotów prawnych i przedsiębiorców indywidualnych prowadzących poszczególne rodzaje działalności architektonicznej, urbanistycznej i budowlanej (ich części), wykonujących prace dot. badania budynków i budowli.* Zamawiający w ogłoszeniu doprecyzował w jaki sposób wymaganie to mogą potwierdzić wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wskazując, iż wystarczającym będzie, aby co najmniej jeden wykonawca (pełniący funkcję generalnego wykonawcy) posiadał certyfikat (atest) zgodności na prowadzenie działalności w zakresie budownictwa dla budowy obiektów klasy II, a pozostali wykonawcy realizujący roboty budowlane posiadać mogli certyfikat (atest) zgodności na budowę obiektów klasy II. W toku rozprawy strony zgodnie potwierdziły, iż wskazane certyfikaty dla generalnego wykonawcy i wykonawcy realizującego roboty budowlane są różnymi certyfikatami. Wynika to również z certyfikatów załączonych do wniosku Odwołującego dotyczących spółkonsorcjanta, uprawniających do realizacji robót budowlanych na obiektach co najmniej II kategorii oraz do pełnienia funkcji generalnego wykonawcy.

Oddalając odwołanie Izba kierowała się treścią warunku ustalonego dla tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zakresem certyfikatów załączonych do wniosku, które nie obejmowały spółkonsorcjanta – Warbud S.A (Lidera). Na rozprawie Odwołujący argumentując stanowisko o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu wskazywał na procedurę uzyskania certyfikatu prowadzoną wobec Warbud S.A. i celowość dopuszczenia

możliwości potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyłącznie certyfikatami dla współkonsorcjanta, które obejmują oba rodzaje certyfikatów, tj. dla generalnego wykonawcy oraz wykonawcy robót na obiektach minimum klasy II. Ponadto, wskazywał, iż podmiotem realizującym roboty budowlane na etapie wykonawstwa może być wyłącznie ten współkonsorcjant, który posiada na moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu akredytację, co oznaczałoby, iż na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, brak certyfikatu dla Warbud S.A. nie powinien prowadzić do wniosku, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Oddalając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust 1b Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Izba uznała, iż przyjęcie argumentów Odwołującego nie było możliwe, gdyż nie miały one oparcia w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i dokumentach załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceniając, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający związany był treścią ogłoszenia i nie mógł odstąpić od wskazanego tam sposobu oceny spełnienia warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Takim odstępstwem byłoby uznanie za dopuszczalne potwierdzenie posiadania na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu certyfikatów (atestów) w zakresie wymaganym wyłącznie przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co pozostawiałoby poza weryfikacją zdolność do wykonania zamówienia w kontekście posiadanych uprawnień przez pozostałe podmioty ubiegające się o realizację zamówienia. Odwołujący w odniesieniu do jednego ze współkonsorcjantów (Lidera) nie mógł okazać się certyfikatem, gdyż na moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zakończyła się wobec Warbud S.A. procedura atestacji. Również z przebiegu rozprawy wynikało, że procedura ta nadal jest w toku, a tym samym nie można stwierdzić z całą pewnością, że Warbud S.A. taki certyfikat otrzyma. Niezależnie jednak od przyszłych wyników atestacji, istotnym w sprawie było ustalenie, iż na moment oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie miał podstaw przyjąć, że Warbud S.A. (Lider konsorcjum) posiada wymagane uprawnienia do tego, aby być wykonawcą robót budowlanych na terenie Republiki Białorusi, zgodnie z przepisami obowiązującymi na terenie państwa obcego. Zgodnie z jednoznacznymi zasadami weryfikacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wykonawca który nie miałby pełnić funkcji generalnego wykonawcy miał okazać się certyfikatem uprawniającym do wykonania prac na obiektach klasy II. Zasadniczo argumenty Odwołującego dotyczące celowości żądania od wykonawcy posiadania certyfikatu na moment oceny wniosków, nie mogły decydować o uznaniu czynności Zamawiającego za nie nieprawidłowej. Na obecnym etapie postępowania nie

mogło dojść do zmiany sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Pozostawało zatem odnieść się do możliwości przyjęcia za dostateczne na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożenie certyfikatów dotyczących tylko jednego współkonsorcjanta, uprawniających do realizacji robót na obiektach co najmniej klasy II jak i pełnienia na tych obiektach funkcji generalnego wykonawcy. Na rozprawie Odwołujący próbował przekonywać, iż Warbud S.A. nie będzie musiał być wykonawcą prac (gdyby nie otrzymał certyfikatu), a wskazane w wykazie osoby (pracownicy Warbud S.A.) mogliby być zaangażowani w proces budowlany na podstawie umów cywilnoprawnych zawartych ze współkonsorcjantem. Izba nie przyjęła tych wyjaśnień, jako przekonujących z co najmniej dwóch powodów. Pierwszy z nich wynika z ustalonego sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, którego przedmiotem są roboty budowlane. Uzupełniając do przedstawionego powyżej warunku udziału w postępowaniu, należy wskazać na ustawowe konsekwencje weryfikacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie prowadzonej pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 Ustawy. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał wskazania we wniosku imion i nazwisk osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadających uprawnienia wymagane przepisami właściwymi. Skoro zatem, wynik weryfikacji podmiotowej Wykonawcy opierał się na ocenie dokumentów dotyczących obu konsorcjantów, Odwołujący nie mógł na potrzeby postępowania odwoławczego skutecznie uchylić się od skutków, jakie dla tej oceny miało wskazanie na własnych pracownikach. Nie może budzić wątpliwości, iż wskazane osoby na moment złożenia wniosku były przedstawione, jako personel Warbud S.A. kierowany do wykonania robót budowlanych i w takim charakterze ich przygotowanie zawodowe decydowało o wyniku oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, hipotetyczna możliwość zaangażowania pracowników Warbud S.A. bez udziału tego podmiotu w realizacji prac, nie mogła mieć znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro we wniosku nie było informacji o tym, że Warbud S.A. nie będzie wykonywał prac budowlanych, Zamawiający nie miał podstaw przyjąć innego udziału Lidera w wykonaniu przedmiotu zamówienia, niż jako wykonującego prace budowlane. Wyjaśnienia składane na rozprawie pozostawały w sprzeczności z treścią wniosku, stąd Izba pominęła je jako niespójne.

Skoro Wykonawca przedstawiał w odniesieniu do wszystkich wymagań dokumenty i oświadczenia dotyczące obu podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, do którego realizacji nie przewidziano udziału podwykonawców, Zamawiający był zobowiązany ocenić zdolność Wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób opisany w ogłoszeniu, a

wynik tej oceny Izba oceniła jako prawidłowy. Potwierdza to również stanowisko Odwołującego, który konsekwentnie, tak na etapie poprzedzającym złożenie wniosku (w zapytaniu kierowanym do Zamawiającego), jak i na rozprawie przyznał, iż Warbud S.A. na dzień złożenia wniosku nie uzyskał akredytacji wymaganej dla wykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Zarzut podniesiony z ostrożności – zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów (certyfikatów) Izba oddaliła. Zasadniczym dla takiej oceny było potwierdzenie się pierwszej z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Informacje pochodzące od instytucji zewnętrznej stanowiły bowiem niezależną od oceny złożonych we wniosku dokumentów, podstawę wykluczenia konsorcjum z postępowania. Tym samym, bez wpływu na wynik oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu miałyby wzywanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, nie związanych z weryfikacją prowadzoną przez podmiot zewnętrzny w oparciu o inne przesłanki.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości i uznania za zgodną z przepisami Ustawy czynność wykluczenia Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący: