Sygn. akt: KIO 840/22

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2022 r. przez Wykonawcę Giss sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego 2 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Giss sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Giss sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego Giss sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego 2 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 840/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługa w zakresie naprawy, serwisowania, diagnostyki oraz konserwacji w kraju i PKW - MMSD, RWŁC-10 TIK, PPTS, PPK, MKK-03, MTS-4 AGAWA oraz napraw niezbędnych do zapewnienia niejawnej łączności dla sprzętu dla którego wymagany jest w latach 2022 -2024", numer referencyjny: W14212022. Przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest część oznaczona numerem 3 zamówienia mająca za przedmiot Usługę naprawy, diagnostyki, konserwacji, serwisowania oraz usługi utrzymujące w sprawności technicznej Przenośno-Przewoźne Terminale Satelitarne PPTS-1,8, Mobilne Terminale Satelitarne MTS-4, 6 AGAWA, Ruchome Węzły Łączności Cyfrowej RWŁC-10T/K Polowych Kancelarii Kryptograficznych (PKK, PKKs) oraz Mobilne Kancelarie Kryptograficzne MKK-03 eksploatowane na terenie RP oraz PKW w latach 2022-2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 051-134091 w dniu 14 marca 2022 r.

W dniu 24 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie

Wykonawcy Giss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący", w którym odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie podziału zamówienia na części w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwiający składanie ofert częściowych w zakresie usług dotyczących wyłącznie terminali satelitarnych, dla którego brak podstaw do wydzielenia ich do odrębnej części;

2. art. 112 ust. 1 oraz ust. 2pkt 4 ustawy Pzpw zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a także prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim w warunku opisanym w części III.2.3 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu (oraz III.2.1 pkt 1.2.4.1 Zamawiający dla zadania nr 3 wymaga doświadczenia w zrealizowaniu pojedynczej usługi odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5 490 000, 00 zł;

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie wymagań dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim w części III.2.1 w sekcji „DODATKOWE DOKUMENTY" Zamawiający wymaga, aby pracownicy posiadali ważne poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE lub wyższej.

Podstawowe żądanie, jakie podniósł Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. zmianę sposobu podziału zamówienia na części w odniesieniu do Zadania nr 3 i umożliwienie wykonawcom składania ofert (wydzielenie do odrębnej części) dla zakresu: Usługa naprawy, diagnostyki, konserwacji, serwisowania oraz usługi utrzymujące w sprawności technicznej Przenośno-Przewoźne Terminale Satelitarne PPTS-1,8 oraz Mobilne Terminale Satelitarne MTS-4,6 AGAWA eksploatowane na terenie RP oraz PKW w latach 2022-2024;

2. zmianę warunku udziału w postępowaniu opisanego w części III.2.3) ppkt 1) Ogłoszenia (oraz pkt 111.2.1) pkt 1.2.4.1) dla Zadania nr 3 (w zakresie usług dotyczących terminali satelitarnych) poprzez wymaganie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia

dotyczącej terminali satelitarnych o wartości (każdej pojedynczej usługi) nie niższej niż 115 000 zł brutto lub też - poprzez wymaganie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków zamówienia polegającego na dostawie terminali satelitarnych o wartości pojedynczego zamówienia nie niższej niż 5 490 000,00 zł;

3. zmianę wymagania w części III.2.1) w sekcji „DODATKOWE DOKUMENTY" (str. 12 Ogłoszenia) poprzez dopuszczenie, aby pracownicy w zakresie usług dotyczących terminali satelitarnych posiadali upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE".

W części argumentacyjnej Odwołujący podniósł, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że „Postępowanie dotyczy wykonywania usług w zakresie naprawy, serwisowania, diagnostyki oraz konserwacji w kraju i PKW urządzeń już posiadanych przez Zamawiającego, wśród których znajduje się sprzęt różnego przeznaczenia i konstrukcji.

1. Zamawiający zgodnie z pkt 11.1.8) przewidział podział zamówienia na części, z tym, że sposób podziału przedstawiony w Ogłoszeniu o zamówieniu został dokonany w

sposób, który bezpodstawnie ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, tj. takich, którzy są zdolni do wykonania jedynie części zakresu

objętego Zadaniem nr 3.

2. Zgodnie z krótkim opisem przedmiotu zamówienia dla części nr 3: Przedmiotem zamówienia jest usługa: Usługa naprawy, diagnostyki, konserwacji, serwisowania oraz usługi

utrzymujące w sprawności technicznej Przenośno - Przewoźne Terminale Satelitarne PPTS-

1,8, Mobilne Terminale Satelitarne MTS- 4,6 AGAWA, Ruchome Węzły Łączności Cyfrowej RWŁC-10T/K Polowych Kancelarii Kryptograficznych (PKK, PKKs), oraz Mobilne Kancelarie

Kryptograficzne MKK-03 eksploatowane na terenie RP oraz PKW w latach 2022 - 2024.

3. Oznacza to, że w części nr 3 Zamawiający łączy usługi świadczone wobec całości różnorodnego sprzętu, który charakteryzuje się innym przeznaczeniem, jak również inną konstrukcją i stanowi obszary, które cechuje specjalizacja podmiotów mogących wykonywać

objęte zamówieniem usługi.

4. Dotyczy to w szczególności terminali satelitarnych, czyli: Przenośno - Przewoźne

Terminale Satelitarne PPTS-1,8 oraz Mobilne Terminale Satelitarne MTS-4,6 AGAWA. Dostawa oraz usług związane z utrzymaniem, naprawami, serwisowaniem itd. terminali satelitarnych stanowią obszar działalności szerszego grona wykonawców niż specjalistyczne usługi w zakresie węzłów łączności czy mobilnych kancelarii kryptograficznych. Połączenie tych sprzętów w ramach jednego zadania uniemożliwia zatem ubieganie się o udzielenie zamówienia w zakresie terminali znacznie szerszemu gronu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia właśnie w tym zakresie, a tym samym prowadzi do ograniczenia (jeśli nie całkowitej eliminacji) konkurencji w tej części postępowania.

5. Również biorąc pod uwagę budowę i komponenty tych sprzętów oraz wymagany zakres usług z punktu widzenia technicznego - sprzęty te należy traktować całkowicie odrębnie z punktu widzenia wykonawcy tych usług, potrzebnych narzędzi i komponentów oraz kwalifikacji osób wykonujących te czynności.

6. Zupełnie inna również jest prosta charakterystyka tych sprzętów, a nawet ich wygląd zewnętrzny:

- Ruchome Węzły Łączności Cyfrowej to mobilne centrum informatyczno-

bazodanowe/mobilna centrala (np. zabudowane serwerownie);

- Mobilne Kancelarie Kryptograficzne - służą do przechowywania, przewożenia i dystrybucji dokumentów kryptograficznych (zabudowany sprzęt do obsługi kryptograficznej,

zespół prądotwórczy, osprzęt energetyczny)

- terminale satelitarne (PPTS i MTS-4 AGAWA) - służą do szerokopasmowej

łączności operacyjnej i taktycznej w określonych pasmach satelitarnych.

7. Odwołując się dodatkowo, jako do wskazówki interpretacyjnej, do wytycznych zawartych w art. 25 ust. 2 Pzp, w przypadku tego Postępowania, brak jest względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych, które powodowałoby, że Zadanie nr 3 tworzy nierozerwalną całość, której nie można podzielić wydzielając zakres dotyczący terminali satelitarnych."

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że „Łączenie w jednej części przedmiotowo różnych usług, uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia przez grono wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie ograniczonym tylko do terminali satelitarnych, który pozwala na znacznie większą konkurencyjność postępowania.

Ograniczenie dostępu do zamówienia poprzez zaniechanie dokonania dalej idącego podziału

(tj. wyłączenia usług dotyczących terminali satelitarnych do odrębnej części zamówienia) nie

znajduje obiektywnego uzasadnienia, co potwierdza zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, gdyż Zamawiający dokonał podziału zamówienia w sposób pozwalający ubiegać się o uzyskanie zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co nie jest uzasadnione w realiach niniejszej sprawy. „Sytuacja, w której Zamawiający umacnia rynkową pozycję jednego przedsiębiorcy, kształtując opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że tylko ten przedsiębiorca będzie mógł złożyć ofertę, zakłóca uczciwą konkurencję oraz może w efekcie wyeliminować innych producentów z rynku. " (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1910/17). (...) Brak wydzielenia terminali satelitarnych do osobnej części zamówienia uniemożliwia innym wykonawcom, którzy byliby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu w tym zakresie, udział w tym postępowaniu, i w konsekwencji powoduje, że konkurencja tych wykonawców z Wojskowym Zakładem Łączności nr 1 S.A. zdolnym do realizacji zamówienia w zakresie całości zamówienia jest de facto fikcyjna (zgodnie z informacjami dostępnymi m.in. na stronie WZŁ nr 1, zakład jako jedyny dostarcza wszystkie elementy wskazane w zadaniu 3, jak również uzyskał w 2019 r. zamówienie na realizację analogicznego do objętego Postępowaniem zakresu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki). Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczy dostęp do zamówienia do jednego wykonawcy, jest działaniem naruszającym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Sposób podziału zamówienia na części uniemożliwia dostęp do postępowania małym i średnim przedsiębiorcom, czyli niweczy cel, dla którego na poziomie zamówień unijnych i krajowych wprowadzono jako zasadę podział zamówienia na części, właśnie po to, żeby poszerzyć konkurencyjność postępowania."

Następnie Odwołujący przytoczył fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2346/16.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie nr 2 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że „Stosownie do art. 112 ust. 1 Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ponadto, w ramach kształtowania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania ogólnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności określonych w art. 16 Pzp."

Następnie Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 476/16.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że „Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w ramach posiadanego doświadczenia) określone przez Zamawiającego nie są zgodne z ww. przepisami, gdyż Zamawiający nie wziął pod uwagę faktycznych okoliczności rynkowych oraz charakteru przedmiotu zamówienia i ukształtował je w sposób znacznie ograniczający konkurencyjność postępowania i uniemożliwiający wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom faktycznie posiadającym zdolności do jego realizacji, w szczególności w zakresie odnoszącym się do terminali satelitarnych. Powyżej Odwołujący wskazywał na zasadność wyróżnienia tego zakresu ze względu na większą konkurencyjność tej branży w porównaniu do pozostałego sprzętu objętego zamówieniem. Tym samym, warunek odnoszący się do wykonawców świadczących usługi tego rodzaju, powinien być adekwatny i proporcjonalny do wymaganych zdolności w tymże zakresie ograniczonym do terminali satelitarnych, jak również do sytuacji rynkowej i doświadczenia możliwego do zdobycia w tym zakresie. Zgodnie z pkt III.2.3) ppkt

1) Ogłoszenia (oraz pkt III.2.1) pkt 1.2.4.1) dla Zadania nr 3 w ramach zdolności technicznej i zawodowej, Wykonawca musi wykazać doświadczeniem w realizacji (w okresie 5 ostatnich lat) usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości nie niższej niż 5 940 000 zł.

1. Po pierwsze, nie sposób znaleźć usługi dotyczące tego rodzaju sprzętu łącznie, który został przez Zamawiającego ujęty wspólnie w części nr 3. Jak wykazywano powyżej, sprzęty te są różne od siebie pod względem technicznym oraz przeznaczenia, zatem nie jest spotykane łączenie ich w ramach jednolitego zamówienia.

2. Ponadto, odnosząc się do usług rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia, ale w zakresie dotyczącym terminali satelitarnych - nie są spotykane w ramach otwartych postępowań usługi o tak znacznych wartościach. Szczególnie jeśli wartość powyżej 5 mln złotych ma dotyczyć wyłącznie zakresu świadczonych usług, bez uwzględnienia wartości dostawy terminali satelitarnych. Być może ujawniła się tu pomyłka Zamawiającego w formułowaniu warunku polegająca na doliczeniu (lub też uznaniu za odpowiadające przedmiotowi zamówienia) wartości dostaw i usług, przy opisaniu w elementach warunku wyłącznie świadczenia samych usług serwisu, naprawy, konserwacji itd.

3. Analizując postępowania prowadzone w ostatnich latach na polskim rynku zbrojeniowym dotyczące terminali satelitarnych, należy stwierdzić, że wartości powyżej 1 min złotych osiągały zamówienia, które uwzględniały zakup terminali satelitarnych, podczas gdy

wartość zamówień obejmujących wyłącznie dotyczące ich usługi nie osiągała kwoty 200

000,00 zł."

W tym miejscu Odwołujący przywołał przykłady postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

„(...) 4. Wymaganie doświadczenia w zakresie usług dotyczących terminali satelitarnych zostało opisane w sposób nadmiernie wygórowany i trudny do spełnienia przez wielu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Wymaganie jest niedostosowane do wartości i przedmiotu projektów faktycznie realizowanych i w sposób nieuzasadniony nie dopuszcza do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy posiadają doświadczenie odpowiadające w sposób proporcjonalny zdolnościom wymaganym dla realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

5. Dodatkowo nadmienić należy, że fakt wykonania przez wykonawcę dostaw terminali satelitarnych powinien być wystarczający dla wykazania potencjału i zdolności do wykonywania usług w zakresie ich napraw, konserwacji, serwisowania i utrzymania w sprawności technicznej. Realizując dostawy wykonawcy przejmują też zobowiązania gwarancyjne wiążące się bezpośrednio z charakterem ww. usług. Nie ulega wątpliwości, że podmiot, który dokonał dostawy oraz wykonywał zobowiązania gwarancyjne jest zdolny do prawidłowego wykonania usług objętych tym zamówieniem.(.)"

Następnie Odwołujący odniósł się do zarzutu wskazanego w punkcie nr 3 petitum odwołania wskazując, że „(.) W Ogłoszeniu o zamówieniu (str. 12), w akapicie zatytułowanym DODATKOWE DOKUMENTY, Zamawiając wskazał, iż: „wymaga, aby pracownicy posiadali ważne poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE lub wyższej. W tym celu przed zawarciem umowy Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia wykazu osób spełniających powyższe wymaganie." Wymaganie to nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, jednakże faktycznie utrudnia ubieganie się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, że dotyczy etapu realizacji (wymagane przed zawarcie umowy), potraktować je należy jako wymaganie opisu przedmiotu zamówienia.

1. Jest to wymaganie nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym terminale satelitarne. Takie żądanie w sposób niezasadny ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy świadczenie usług serwisowych itp. w odniesieniu do terminali satelitarnych nie wymaga dostępu do informacji niejawnych na poziomie klauzuli „poufne". Może być to wymaganie odpowiednie do węzłów łączności lub kancelarii kryptograficznych, jednakże z pewnością odniesienie go do całości przedmiotu zamówienia - w tym również terminali satelitarnych - jest nadmierne i prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wynika z tego wprost, że wyłączenie terminali satelitarnych do osobnej części będzie działać rozszerzająco w kontekście ilości podmiotów mogących potencjalnie ubiegać się o zamówienie.

2. Odwołujący nie dysponuje jeszcze pełnym opisem przedmiotu zamówienia, jednakże nic nie wskazuje na to, żeby usługi wymagały dostępu do informacji niejawnych na poziomie klauzuli niejawne, jak również, od wykonawców nie jest wymagane świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, co wydawałoby się zasadne w sytuacji, w której od personelu wymagany jest dostęp do klauzuli na poziomie „poufne".

3. Również porównując inne postępowania mające za przedmiot dostawy terminali dla celów wojskowych lub innych odbiorców w dziedzinie bezpieczeństwa (takich jak Agencja Uzbrojenia czy Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni), wystarczające było wymaganie od personelu serwisującego dostępu do informacji na poziomie klauzuli „zastrzeżone", co gwarantowało odpowiedni poziom ochrony informacji, do których pracownicy rzeczywiście mogli mieć dostęp w związku z realizacją zamówienia. (.)".

W tym miejscu Odwołujący podał przykłady postępowań, w których wymagana była klauzula „zastrzeżone".

Następnie Odwołujący wskazał, że potwierdza to, iż „(...) dostawa i usługi serwisowe/gwarancyjne dotyczące terminali satelitarnych nie wymagają dopuszczenia do klauzul wyższego stopnia niż ZASTRZEŻONE. (.) Powyższe potwierdza naruszenie wytycznych ustawowych w zakresie opisu wymagań Zamawiającego, który nie może prowadzić do nieproporcjonalnego i nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia." W dalszej kolejności Odwołujący odniósł się do wyroku KIO z dnia 11 września 2014 r. o sygn. akt: KIO 1786/14.

Następnie Odwołujący wskazał, że „(.) Ponadto, również w myśl art. 16 ustawy Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności.

8. Odwołujący wnosi zatem o zmianę przedmiotowego wymagania i określenie, iż w przypadku usług dotyczących terminali satelitarnych wymagane jest, aby pracownicy realizujący te usługi posiadali upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli minimum ZASTRZEŻONE lub wyższej.

XIII. Odnosząc się do wszystkich powyższych zarzutów, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający powinien posiadać wiedzę o aktualnym stanie rynku i możliwości zwiększenia konkurencyjności postępowania w przypadku wydzielenia usług dotyczących terminali satelitarnych do osobnych części. Potwierdzić mogły to badania rynku, czy też zainteresowanie większej liczby podmiotów udziałem w usługach dotyczących terminali w posiadaniu Zamawiającego. Przykładowo, w ramach rozpoznania rynku prowadzonego w 2021 r. na wykonanie modyfikacji terminali PPTS- 1,8 (czyli sprzętu objętego Postępowaniem), Odwołujący złożył swoją propozycję potwierdzając zainteresowanie tym zakresem prac, jak również poinformował Zamawiającego o zainteresowaniu przyszłymi postępowaniami o podobnym charakterze w zakresie prac dotyczących terminali satelitarnych, w szczególności PPTS-1,8. Okoliczności potwierdzające możliwość udziału w postępowaniu innych niż dotychczasowy wykonawców, pod warunkiem podziału zamówienia i dostosowania warunków udziału w postępowaniu do wydzielonej części dotyczącej terminali satelitarnych, powinny być uwzględnione przez Zamawiającego i znaleźć odzwierciedlenie w odpowiednim ukształtowaniu warunków podmiotowych i wymagań opisu przedmiotu zamówienia."

Pismem z dnia 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do podniesionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający przedstawił następującą argumentację.

Ad 1.

„Zamawiający pragnie zauważyć, że niniejsze postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego, w celu udzielenia zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (dalej: O i B). Tym samym mają do niego zastosowanie przepisy Działu VI. Prawa zamówień publicznych (art. 395 i następne). Ponadto Zamawiający prowadzący postępowania w tym obszarze mają obowiązek przestrzegania, wdrożonej do polskiego systemu prawnego tzw. dyrektywy obronnej, (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UE L 216 z 20.08.2009 ze zm.).

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 Pzp nie uwzględnił faktu, iż do opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinie O i B stosuje się reguły przewidziane w art. 400 Pzp, przy zastosowaniu art. 99 Pzp jedynie w sprawach nieuregulowanych w tym przepisie szczególnym.

Ponadto Odwołujący odniósł się do dokumentu (opisu przedmiotu zamówienia), z którego treścią nie miał możliwości, ani prawa - na tym etapie postępowania - zapoznania się. Zgodnie z art. 411 ust. 1 Pzp do przetargu ograniczonego nie stosuje się m.in. przepisów art. art. 141, 142 i 143 Pzp. Korzystając z tego przepisu Zamawiający poinformował w Sekcji II (II. 1.5) pkt 3) Ogłoszenia o zamówieniu, iż „Wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniono w załączniku nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), którą Zamawiający przekaże zaproszonym do składania ofert Wykonawcom, którzy spełniają warunki określone w ogłoszeniu". Kwestionowanie prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia oraz braku możliwości składania ofert częściowych w fazie składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jest przedwczesne, gdyż Wykonawcy składający wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie dysponują jeszcze wystarczającą wiedzą, jakimi przesłankami kierował się Zamawiający podejmując decyzję o podziale na części przedmiotu zamówienia, a ponadto całkowicie nieuzasadnione merytorycznie.

Zamawiający w postępowaniach w dziedzinie O i B opisuje przedmiot zamówienia przy zachowaniu reguł określonych w art. 400 Pzp, natomiast każdy Zamawiający sporządza opis w taki sposób aby tenże odzwierciedlał jego rzeczywiste potrzeby."

W tym miejscu Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2021 r. o sygn. akt: KIO 3352/20.

Następnie Zamawiający wskazał, że „Nowe Prawo zamówień publicznych (...) nie wymaga od Zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, wykazywania powodów niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp), co dowodzi, że ustawodawca zmodyfikował zasady podziału zamówienia na części wobec tej grupy Zamawiających i odstąpił od wymogu takiego uzasadniania przez Zamawiających wymienionych w art. 4 pkt 1 i prowadzących postępowania o zamówienia w obszarze O i B. Podział zamówienia na części, opisany w art. 91 Pzp pozostaje prawem Zamawiającego." W tym miejscu Zamawiający przytoczył fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2021 r. oznaczonego sygnaturą akt: KIO 959/21, KIO 1205/21.

„(...) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, pomimo braku obowiązku, dokonał podziału zamówienia na 3 części (zadania), pozwalające Wykonawcom na składanie ofert częściowych. Zgodnie z zapisem w Sekcji II (II. 1.8) oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części. Brak podziału części 3 (trzeciej) na kolejne części (zadania), czyli wydzielenia do odrębnej części dla zakresu: Usługa naprawy, diagnostyki, konserwacji, serwisowania oraz usługi utrzymujące w sprawności technicznej Przenośno-Przewoźne Terminale Satelitarne PPTS-1,8 oraz Mobilne Terminale Satelitarne MTS-4,6

AGAWA eksploatowane na terenie RP oraz PKW w latach 2022-2024 wynika z faktu, iż realizacja zadania w takiej formie podyktowana jest koniecznością zapewnienia sprawności Sił Zbrojnych RP w zakresie szybkości i elastyczności realizacji napraw sprzętu wojskowego. Stosownie do treści art. 25 ust. 2 Pzp zamówienie jest niepodzielne na części jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych tworzą nierozerwalną całość; przy czym wystarczy spełnienie chociażby jednej z tych przesłanek. Tymczasem niniejsze zamówienie jest nierozerwalne ze względu wystąpienie wszystkich wymienionych względów.

Sprzęty wojskowe wymienione w zadaniu nr 3, w skład którego wchodzą: Ruchome Węzły Łączności Cyfrowej (RWŁC-10 T/K), Polowe Kancelarie Kryptograficzne (PPK), Mobilne Kancelarie Kryptograficzne (MKK-03) oraz Przenośno - Przewoźne Terminale Satelitarne (PPTS) i Mobilne Terminale Satelitarne (MTS-4 AGAWA) są kluczowymi elementami systemu łączności Sił Zbrojnych RP. Terminale satelitarne są dla RWŁC-10 T/K, PKK, MKK medium transmisyjnym. Niesprawność jednego z tych elementów powoduje przerwanie przepływu informacji w systemie dowodzenia. Sprzęt wymieniony w zadaniu Nr 3 stanowi integralną całość w zabezpieczeniu pracy Stanowiska Dowodzenia oraz przesyłania rozkazów do wojsk operacyjnych.

Wyłonienie do napraw i serwisowania tej grupy sprzętowej jednego Wykonawcy dla tegoż 3 zadania (części) daje gwarancję, że wszystkie elementy systemu dowodzenia działają poprawnie. W takim przypadku nie ma punktów spornych pomiędzy Wykonawcami przy określaniu, który element (rodzaj sprzętu) jest odpowiedzialny za nieprawidłowości w systemie łączności. Unika się sytuacji, gdy np. zmiana oprogramowania w jednym elemencie, powoduje konflikt z inną aparatownią. W trakcie realnych działań (ćwiczeń

zgrywających), trudno sobie wyobrazić, jednoczesne współdziałanie kilku Wykonawców, usprawniających rozległy system łączności. Wykonawca zadania nr 3 zobowiązany jest do naprawy również sprzęt eksploatowanego w Polskich Kontyngentach Wojskowych PKW. W każdej polskiej misji w której występuje terminal satelitarny, jest również MKK lub PKK.

Kancelarie kryptograficzne wymagają konserwacji systemów alarmowych co 6 miesięcy (zgodnie z „ Wymaganiami eksploatacyjno-technicznymi dla XIX grupy Sprzętu Wojskowego - systemy i urządzenia specjalistyczne do ochrony obiektów" z dnia 8 maja 2020 r. wydanymi przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych). W takich przypadkach, podczas wyjazdu serwisu do naprawy terminali satelitarnych wymagany jest - ze względów ekonomicznych - jednoczesne dokonanie przeglądów systemów alarmowych w kancelariach. Z dokonanej analizy faktur z napraw poza granicami kraju wynika, że koszt samego przejazdu (utrzymania) serwisu przewyższa często cenę wykonania samej naprawy. Również z tego powodu, dla Zamawiającego (ściślej: dla organu logistycznego przydzielającego budżetowe środki finansowe na realizację zamówień) jest uzasadnione, aby Wykonawca zadania nr 3 posiadał zdolność do naprawy i serwisowania całej wskazanej grupy sprzętowej. W tym miejscu należy zaznaczyć, że Zamawiający pokrywa koszty transportu, wyżywienia i zakwaterowania grup serwisowych, do niektórych rejonów działania PKW. W przypadku wielu wykonawców usług serwisowych koszty wykonania całości zadania nr 3 mogą więc znacznie wzrosnąć.

Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE) podziału na części nie dokonuje się jeżeli potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu skoordynowane działalności wielu wykonawców zadania nr 3 byłoby trudne i kosztowne.

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności, w ocenie Zamawiającego jego działania są nie tylko zgodne z obowiązującymi przepisami Pzp ale co istotnie, stanowią realizację jednej z naczelnych zasad postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nakładającej na zamawiającego obowiązek racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp , tj. obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Na marginesie trzeba wspomnieć, iż zgodnie z art. 58 i 117 Prawa zamówień publicznych, o zamówienie w zakresie zadania 3 oraz w zakresie wszystkich zadań w przedmiotowym postępowaniu, Wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie na warunkach określonych w Sekcji III (III. 1.3) pkt 2-7 ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto Wykonawca może korzystać z zasobów innych podmiotów, w odniesieniu m.in. do zdolności technicznych i zawodowych (art. 118 Pzp)."

Ad 2.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2 petitum odwołania Zamawiający wskazał, co następuje. „Nie jest trafny zarzut Odwołującego, że sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej dla zadania nr 3 (w zakresie doświadczenia w zrealizowaniu pojedynczej usługi odpowiadającej swym rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5 490 000,00 zł), jest nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i ogranicza konkurencyjność postępowania oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po pierwsze należy zauważyć, iż prowadzone postępowanie o zamówienie zmierza do zawarcia umowy wieloletniej (2022-2024). Zamawiający przy określaniu wysokości (wartości) doświadczenia Wykonawcy w wykonaniu lub wykonywaniu podobnej rodzajowo (lub tożsamej) usługi posłużył się wskaźnikiem procentowym i odniósł go do sumarycznej wartości przedmiotu zamówienia szacowanej dla trzech kolejnych lat. Wartość ta jest znaczna, co też ma bezpośredni wpływ na wyznaczenie wartości wykonanych poprzednio usług (doświadczenia). Zamawiający celowo nie określił dostaw jako warunku doświadczenia (warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej) Wykonawcy. Tylko bowiem bezpośrednie wykonywanie usług w zakresie napraw i serwisowania pozwala na nabycie niezbędnego doświadczenia w specjalistycznym obszarze wiedzy technicznej, w tym informatycznej.

Zamawiający formułując w//w warunek udziału w postępowaniu ma na uwadze przede wszystkim wyłonienie Wykonawcy, który będzie gwarantował sprawne i efektywne wykonywanie usług napraw i serwisowania w newralgicznym obszarze obronności i

bezpieczeństwa.

Ocena proporcjonalności zamówień powinna odbywać się w stosunku do konkretnego celu i środka, a nie w sposób abstrakcyjny.” W tym miejscu Zamawiający przywołał fragment wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r. oznaczony sygnaturą akt XII Ga 211/14.

Ad 3.

W odniesieniu do zarzutu określono numerem 3 petitum odwołania Zamawiający stwierdził, co następuje.

„Zarzut Odwołującego, iż określenie przez Zamawiającego wymagania aby Wykonawcy usług posiadali ważne poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE, co utrudnia uczciwą konkurencję oraz jest nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia - nie jest zasadny.

Utrzymanie klauzuli dotyczącej wymogu aby pracownicy Wykonawcy posiadali ważne poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE lub wyższej uzasadnione jest faktem, iż usługa będzie wykonywana na obszarze poza terytorium RP, w miejscu stacjonowania PKW, gdzie sprzęt eksploatowany jest w różnych strefach bezpieczeństwa. Zgodnie z rozkazem nr Z-501/ZKiD-P6 Szefa Sztabu Generalnego z 01 lipca 2021 roku w sprawie uruchomienia systemu teleinformatycznego PMN 2.0 w PKW od stycznia 2023 roku (dokument o klauzuli ZASTRZEŻONE), kancelarie w PKW mają zostać przystosowane do przetwarzania informacji NATO SECRET (odpowiednik klauzuli TAJNE).

Zachowanie wszystkich informacji poufnych, do których mają dostęp ekipy dokonujące napraw i serwisowania w tajemnicy jest szczególnie istotne w obecnej sytuacji geopolitycznej w Europie związanej z działaniami wojennymi w Ukrainie.

Zgodnie z art. 5 ust. 3 pkt 2 i 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r tj. z. (Dz.U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.) informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: „utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej lub utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej”. W realiach niniejszej sprawy i z przytoczonych wyżej faktów wymóg posiadania poświadczenia do informacji o klauzuli „poufne” jest konieczny ze względu na wrażliwość danych z jakimi stykają się wykonawcy usług naprawy i serwisowania urządzeń objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym. W zależności od stanowiska lub wykonywania czynności zleconych, o które ubiega się osoba, przy stanowiskach i pracach związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne”, przeprowadza się zwykłe postępowanie sprawdzające lub poszerzone postępowanie sprawdzające (art. 22 ust. 1 ustawy). Natomiast dopuszczenie do pracy lub pełnienia służby na stanowiskach albo zlecenie prac, związanych z dostępem danej osoby do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” może nastąpić po pisemnym upoważnieniu przez kierownika jednostki organizacyjnej i odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych. Dostęp do informacji objętej taką klauzulą jest więc stosunkowo łatwy i nie wymaga postępowania sprawdzającego.

Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający prowadzący postępowanie w dziedzinie O i B w przypadku zamówień obejmujących informacje niejawne określa wymagania niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa tych informacji (art. 407 Pzp). Zamawiający wymagając w ogłoszeniu o zamówieniu aby pracownicy Wykonawcy realizujący zadanie nr 3 posiadali poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE i żądając w tym celu przed zawarciem umowy dostarczenia wykazu osób posiadających prawo do dostępu do takich informacji (Sekcja III. 2.1), dopełnił obowiązku ochrony informacji niejawnych.

O szczególnej wrażliwości co do wiarygodności i zaufania do Wykonawców ubiegających się o zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa lub wykonujących umowy w tym obszarze przewidzianej przez ustawodawcę na gruncie regulacji dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, świadczy także możliwość wykluczenia Wykonawcy, który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw lub którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla O i B, 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 roku o ochronie informacji niejawnych.

Reasumując należy stwierdzić iż, dokonana przez Zamawiającego analiza zarzutów odwołania prowadzi do wniosku, że celem Odwołującego jest dostosowanie wymagań do oferowanych przez niego produktów, a nie konwalidacja niezgodnych z prawem działań lub zaniechań Zamawiającego."

W trakcie rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali również swoje stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ani Odwołującego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest Usługa w zakresie naprawy, serwisowania, diagnostyki oraz konserwacji w kraju i PKW - MMSD, RWŁC-10 TIK, PPTS, PPK, MKK-03, MTS-4 AGAWA oraz napraw niezbędnych do zapewnienia niejawnej łączności dla sprzętu dla którego wymagany jest w latach 2022 -2024. Zamówienie zostało podzielone na 3 części. Przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest część oznaczona numerem 3 zamówienia mająca za przedmiot Usługę naprawy, diagnostyki, konserwacji, serwisowania oraz usługi utrzymujące w sprawności technicznej Przenośno-Przewoźne Terminale Satelitarne PPTS-1,8, Mobilne Terminale Satelitarne MTS-4, 6 AGAWA, Ruchome Węzły Łączności Cyfrowej RWŁC-10T/K Polowych Kancelarii Kryptograficznych (PKK, PKKs) oraz Mobilne Kancelarie Kryptograficzne MKK-03 eksploatowane na terenie RP oraz PKW w latach 2022-2024.

Zgodnie z protokołem postępowania - druk ZP-PO - szacunkowa wartość części trzeciej zamówienia została ustalona na kwotę 12 073 170, 73 zł.

Zgodnie z sekcją III.2.1) 1.2.4.1. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, by wykonawcy wykazali spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej tj. wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Wartość każdej pojedynczej usługi winna być nie mniejsza niż - dla zadania nr 3: 5 940 000, 00 zł.

Zgodnie z sekcją III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu „Dodatkowe dokumenty" Zamawiający wymaga, aby pracownicy posiadali ważne poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE lub wyższej. W tym celu przed zawarciem umowy Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia wykazu osób spełniających powyższe wymaganie.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Izba uznała, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie i odwołanie podlega oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania - naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie podziału zamówienia na części w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwiający składanie ofert częściowych w zakresie usług dotyczących wyłącznie terminali satelitarnych, dla którego brak podstaw do wydzielenia ich do odrębnej części - Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W myśl art. 16 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób proporcjonalny.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji to jedna z naczelnych zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, jednak nie oznacza ona konieczności dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkich potencjalnych wykonawców działających w danej branży i zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia. Nie jest natomiast prawnie dozwolone zaburzanie konkurencji w sposób sztuczny.

Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021).

Zasada zachowania uczciwej konkurencji może zatem doznać ograniczeń wynikających z konieczności uwzględnienia i zapewnienia możliwości zrealizowania uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Co istotne, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia zobowiązany jest uwzględnić w nim swoje potrzeby związane z należytą realizacją zamówienia, które doprowadzą do udzielenia zamówienia wykonawcy gwarantującemu jego należyte wykonanie.

Odnosząc się zaś do podziału zamówienia na części należy wskazać, że pozostaje to uprawnieniem Zamawiającego, nie zaś jego obowiązkiem.

W odniesieniu do zasady proporcjonalności należy zauważyć, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 2180/16) Izba wskazała, że proporcjonalność odnosi się do określenia przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego przez zamawiającego celu. W ww. wyroku wyrażone zostało stanowisko, zgodnie z którym od Odwołującego oczekuje się argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania wyrażone zostały w sposób oderwany od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że Zamawiający wykazał, iż założony przez niego sposób realizacji zamówienia przejawiający się w objęciu jedną częścią zamówienia wskazanych usług (naprawy, diagnostyki, konserwacji, serwisowania oraz usług utrzymujących w sprawności technicznej) w zakresie zarówno dotyczącym Przenośno-Przewoźnych Terminali Satelitarnych i Mobilnych Terminali Satelitarnych, jak również Ruchomych Węzłów Łączności Cyfrowej, Polowych Kancelarii Kryptograficznych i Mobilnych Kancelarii Kryptograficznych ma uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego.

Podstawą do ustaleń Izby w tym zakresie był fakt, że wszystkie objęte ww. usługami urządzenia (zatem także terminale satelitarne) działają w ramach jednego systemu, co nie było okolicznością sporną. Ta okoliczność, w ocenie Izby, słusznie była podnoszona przez Zamawiającego, który wskazywał po pierwsze, że założony przez niego sposób realizacji zamówienia jest podyktowany koniecznością zapewnienia sprawności Sił Zbrojnych RP w zakresie szybkości oraz elastyczności realizacji napraw sprzętu wojskowego. Po drugie, Zamawiający w ocenie Izby trafnie powołał się na fakt, iż niesprawność jednego z elementów wchodzących w skład systemu łączności Sił Zbrojnych RP powoduje przerwanie przepływu informacji w systemie dowodzenia oraz na fakt, że sprzęt objęty zadaniem oznaczonym numerem 3 stanowi integralną całość w zabezpieczeniu pracy Stanowiska Dowodzenia i przesyłania rozkazów do wojsk operacyjnych. Izba uznała za wiarygodne i uzasadnione stanowisko Zamawiającego sprowadzające się do twierdzenia, że udzielenie zamówienia objętego częścią 3 jednemu wykonawcy powoduje większą efektywność świadczenia usług. Jak wskazał Zamawiający, nie ma punktów spornych między wykonawcami w zakresie określenia źródła nieprawidłowości w systemie łączności. Izba dostrzegła, że w takiej sytuacji odpowiedzialność za sprawne działanie rozległego systemu łączności spoczywa na jednym wykonawcy i bez wpływu na ocenę prawną tej okoliczności pozostaje fakt, że wykonawca taki może korzystać z podwykonawstwa.

Ponadto Izba za wiarygodną i uzasadnioną uznała argumentację Zamawiającego w zakresie oszczędności płynących z ustalonego przez niego sposobu realizacji zamówienia, który zakłada realizowanie usług objętych częścią nr 3 zamówienia łącznie (objęcie usługami terminali satelitarnych łącznie z pozostałymi wskazanymi sprzętami, w tym kancelariami kryptograficznymi). Okoliczności realizacji usług objętych przedmiotowym zamówieniem również w Polskich Kontyngentach Wojskowych - poza granicami kraju - oraz w warunkach uwzględniających specyfikę funkcjonowania Sił Zbrojnych RP w ocenie Izby uzasadniają pogląd, że realizowanie ich przez jedną grupę/zespół działający w ramach tego samego wykonawcy spowoduje oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych z uwagi na takie okoliczności jak np. konieczność zakwaterowania grupy/zespołu i transportu. Stąd uzasadnione w ocenie Izby jest dążenie Zamawiającego do tego, by wykonawca realizujący część nr 3 zamówienia posiadał zdolność naprawy i serwisowania całej grupy sprzętu objętego tą częścią zamówienia.

Jednocześnie Izba zwróciła uwagę na fakt, że Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. W szczególności w ocenie Izby dowody złożone przez Odwołującego - specyfikacje urządzeń objętych częścią nr 3 zamówienia - o ile rzeczywiście wskazują na różnice w przeznaczeniu urządzeń oraz ich właściwościach fizycznych, to nie dają podstaw do uznania, że niewyodrębnienie części zamówienia dotyczącej jednej z grup urządzeń - terminali satelitarnych - nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Dowody te, jak i sam Odwołujący, nie przeczą także okoliczności, że wszystkie urządzenia objęte przez Zamawiającego częścią 3 zamówienia działają w ramach jednego systemu łączności.

Niezależnie od powyższego Izba zwróciła uwagę, że Odwołujący nie wykazał także, by ustalony przez Zamawiającego podział zamówienia na części zakładający w ramach części nr 3 zamówienia łączne realizowanie usług na terminalach satelitarnych i innych wskazanych urządzeniach istotnie uniemożliwiał innym wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotowego zamówienia złożenie oferty. Odwołujący wskazywał w tym zakresie istnienie jednego podmiotu, który może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a następnie wskazywał, że istnieje niewiele podmiotów lub jeden podmiot, który jest w stanie zrealizować to zamówienie w całości. Izba takie stanowisko Odwołującego uznała za wewnętrznie sprzeczne.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2. petitum odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a także prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców w zakresie, w jakim w warunku opisanym w części III.2.3 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu (oraz III.2.1 pkt 1.2.4.1 Zamawiający dla zadania nr 3 wymaga doświadczenia w zrealizowaniu pojedynczej usługi odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5 490 000, 00 zł - Izba ustaliła, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Wobec nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania i uznania, że Zamawiający wykazał istnienie obiektywnych potrzeb, które uzasadniają brak wydzielenia do odrębnej części zamówienia usług dotyczących terminali satelitarnych, Izba uznała, że także zarzut wskazany w punkcie 2. petitum odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący uzasadniając zarzut wskazany w punkcie oznaczonym nr 2 odwołania wskazywał, że wymaganie doświadczenia przez Zamawiającego w zakresie usług dotyczących terminali satelitarnych zostało opisane w sposób nadmiernie wygórowany i trudny do spełnienia przez wielu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Tymczasem z okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy wynika, że ustalony przez Zamawiającego warunek udziału jest adekwatny i proporcjonalny do zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia objęty częścią nr 3 zamówienia.

Izba nie kwestionuje faktu, że ustalony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu wpływa na konkurencyjność - zasadniczo każdy ustalony warunek udziału w postępowaniu oddziałuje na konkurencję w danej branży. Jednak jak zostało wskazane w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 1. odwołania w odniesieniu do dokonanego przez Zamawiającego podziału zamówienia na części, Zamawiający uzasadnił zastosowany przez niego podział zamówienia na części istnieniem obiektywnych potrzeb. Izba uznała, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu stanowi odzwierciedlenie ustalonego przez Zamawiającego podziału zamówienia na części i odpowiada mu w sposób adekwatny i proporcjonalny. Skoro zatem ustalenie przedmiotu zamówienia w sposób założony przez Zamawiającego jako uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, to nie sposób także stwierdzić, że ustanowiony warunek udziału w postępowaniu odnoszący się proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Skoro w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający jest uprawniony do połączenia w jednej części zamówienia jednocześnie usług dotyczących terminali satelitarnych, jak również pozostałych wskazanych w części 3 zamówienia urządzeń, to jest także uprawniony do badania zdolności wykonawcy do zrealizowania tak określonego zamówienia przez pryzmat usług rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 3. petitum odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie wymagań dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim w części III.2.1 w sekcji „DODATKOWE DOKUMENTY" Zamawiający wymaga, aby pracownicy posiadali ważne poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE lub wyższej - Izba uznała, ze zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że kwestionowany wymóg jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne i słuszne stanowisko Zamawiającego wyrażające się w twierdzeniu, że usługa będzie wykonywana na obszarze poza terytorium kraju w miejscu stacjonowania PKW, gdzie eksploatowany sprzęt znajduje się w różnych strefach bezpieczeństwa. Izba za wiarygodny uznała także argument Zamawiającego, który odwołał się do rozkazu Szefa Sztabu Generalnego z dnia 1 lipca 2021 r. w sprawie uruchomienia systemu teleinformatycznego.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że wymaganie posiadania ważnego poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli minimum POUFNE lub wyższej jest nieadekwatne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym terminale satelitarne. Odwołujący wskazał, że świadczenie usług serwisowych w odniesieniu do terminali satelitarnych nie wymaga dostępu do informacji niejawnych na poziomie „poufne". W ocenie Odwołującego może być to wymaganie odpowiednie do węzłów łączności lub kancelarii kryptograficznych, ale nie w odniesieniu do całego przedmiotu

zamówienia.

Tymczasem skoro Zamawiający założył, że usługi objęte niniejszym przedmiotem zamówienia będą realizowane przez tego samego wykonawcę na wszystkich urządzeniach uwzględnionych w części nr 3 zamówienia, także na terminalach satelitarnych, to w ocenie Izby zasadnym jest wymaganie posiadania poświadczenia bezpieczeństwa o określonej klauzuli w odniesieniu do wszystkich urządzeń. Jeśli bowiem Zamawiający zakłada, że te same osoby będą miały dostęp i będą realizowały usługi zarówno w odniesieniu do kancelarii kryptograficznych, jak również w odniesieniu do terminali satelitarnych, to uzasadnione jest stawianie wymogów w zakresie poświadczenia bezpieczeństwa takich, jakie są konieczne dla kancelarii kryptograficznych, także w odniesieniu do terminali satelitarnych. Izba uznała za wiarygodną argumentację Zamawiającego, który wskazał, że ekipy realizujące usługę serwisowania mają dostęp do informacji wrażliwych, które mogą być lub są objęte klauzulą „poufne".

W odniesieniu do złożonych przez Odwołującego dowodów - wyciągów z dokumentacji innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający nie ustanowili wymogów w zakresie poświadczenia bezpieczeństwa o określonej klauzuli lub żądali poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli „zastrzeżone", Izba wskazuje, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje odmienna charakterystyka, co odnosi się nie tylko do wyspecyfikowanego przedmiotu zamówienia, ale również do okoliczności organizacyjnych udzielania zamówienia, jak również sytuacji geopolitycznej, w jakiej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest przygotowywane i prowadzone. Stąd też Izba złożone przez Odwołującego dowody - wyciągi z dokumentacji innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego złożone na okoliczność potwierdzenia, że w przypadku zamówień dotyczących terminali satelitarnych nie są stawiane warunki dotyczące ochrony informacji niejawnych lub są ograniczone do klauzuli „zastrzeżone", w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy uznała za niewiarygodne i nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący .....