

WYROK

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Poprawa

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, T4B Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Komendę Główną Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie**

Uczestnicy postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Głogowie Małopolskim,

B. MProjekt Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) poprzez zaniechanie wezwania **wykonawcy MProjekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – Komendzie Głównej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie** – unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwanie wykonawcy **MProjekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji i dokonanie ponownej oceny wniosków;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Skarb Państwa – Komendę Główną Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie** (w części stanowiącej 1/5 kosztów postępowania odwoławczego) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, T4B Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (w części stanowiącej 4/5 kosztów postępowania odwoławczego) i:

3.1 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 udzielenie zamówienia: **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, T4B Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, T4B Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego – **Skarbu Państwa – Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, T4B Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **4 720 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy), stanowiącą 1/5 części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1827/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest nadbudowa z przebudową budynku nr 3 Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 maja 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, T4B Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) zaniechania odrzucenia wniosku wykonawcy MProjekt Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „MProjekt”) z uwagi na zaistnienie wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia z postępowania;
- 2) zaniechania wezwania MProjekt do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji;
- 3) zaniechania odrzucenia wniosku wykonawcy B. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim (dalej jako „B.”) z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej;
- 4) zaniechania dokonania kompleksowej oceny w wniosku Budimex S.A. (dalej jako „Budimex”) i wskazania w uzasadnieniu do odrzucenia wniosku tego wykonawcy dodatkowej podstawy odrzucenia z uwagi na niewykazanie przez Budimex spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej w pkt 3;
- 5) zaproszenia MProjekt i B. do składania ofert.

Wobec powyższego odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z pkt 10 w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia MProjekt z postępowania (i w konsekwencji zaniechania odrzucenia wniosku MProjekt na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.) w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu bowiem zaniechał przedstawienia informacji o swoim wcześniejszym zaangażowaniu w przygotowanie postępowania, obejmującym przygotowanie OPZ w zakresie dokumentacji projektowej, co istotnie zakłóciło konkurencję, a tym samym MProjekt przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do braku podstaw wykluczenia z postępowania i mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- 2) art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 w zw. z art. 405 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia MProjekt z postępowania (i w konsekwencji zaniechania odrzucenia wniosku MProjekt na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.) pomimo wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy w przygotowanie postępowania, co w sposób istotny zakłóciło konkurencję, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie MProjekt z udziału w postępowaniu;
- 3) art. 85 ust. 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania MProjekt do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji;
- 4) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 147 w zw. z art. 410 i art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., a także art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku złożonego przez B. oraz wskazania dodatkowej podstawy odrzucenia wniosku złożonego przez Budimex w sytuacji, gdy wnioski te zostały złożone przez wykonawców niespełniających warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej, wydanego przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego;
- 5) art. 411 ust. 10 ustawy P.z.p. poprzez zaproszenie MProjekt i B. do złożenia ofert, pomimo że ich wnioski podlegały odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p.:

- 1) unieważnienie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
 - 2) odrzucenie wniosków MProjekt i B. oraz Budimex o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ze względów wskazanych w odwołaniu;
 - 3) dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z pominięciem wniosków złożonych przez MProjekt i B. oraz przez Budimex;
- względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów i żądań odwołania w zakresie wykluczenia MProjekt z Postępowania oraz odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowania, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- 4) wezwanie MProjekt do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji;

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania się na te okoliczności w postępowaniu przed Izbą;
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak i brak podstaw wykluczenia. Jednakże wobec naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy P.z.p. zamawiający niezasadnie zaprosił MProjekt i B. do składania ofert, podczas gdy wykonawcy ci podlegają wykluczeniu i złożone przez nich wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinny zostać odrzucone. W rezultacie istotnie ograniczona została szansa odwołującego na uzyskanie zamówienia udzielanego w ramach postępowania, bowiem będzie on musiał konkurować z wykonawcami, którzy nie powinni wziąć udziału w dalszej części postępowania. Ponadto wprowadził wniosek Budimex został już zasadnie odrzucony przez zamawiającego z uwagi na jego złożenie przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, niemniej nie można wykluczyć, że Budimex odwoła się od tej decyzji, co rodzi ryzyko przywrócenia tego wykonawcy do postępowania. Tymczasem wniosek tego wykonawcy podlega odrzuceniu również na innej – dodatkowej podstawie, niewskazanej w informacji z dnia 13 maja br. o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co z uwagi na koncentrację środków ochrony prawnej odwołujący powinien podnieść już na obecnym etapie. Tym samym odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 501 ust. 1 ustawy P.z.p, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach postępowania są roboty budowlane polegające na kompleksowej realizacji nadbudowy z przebudową budynku nr 3 Komendy Głównej Straży Pożarnej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”) obejmuje m.in. dokumentację projektową stanowiącą załączniki do SWZ, których część ma charakter niejawną w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Odwołujący otrzymał OPZ w dniu 16 maja br. (już po ogłoszeniu wyników oceny ofert). Z treści opisu wynika, że jego kluczowa część, w tym dokumentacja projektowa, została opracowana przez podmiot zewnętrzny, tj. MProjekt. W ocenie odwołującego tak istotny zakres zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania pozwolił osiągnąć mu istotną przewagę nad pozostałymi wykonawcami. W rezultacie jedyną możliwością przywrócenia konkurencyjności tego postępowania powinno być wykluczenie MProjekt z postępowania. Równocześnie obowiązkiem wykonawcy – w sytuacji, gdy inaczej oceniał konsekwencje swojego wcześniejszego zaangażowania i w rezultacie zdecydował się wziąć udział w postępowaniu – było zasygnalizowanie tej okoliczności w oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia z postępowania lub względnie innym dokumencie, na podstawie którego wykonawca zwróciłby uwagę na fakt przygotowania OPZ, umożliwiając zamawiającemu oraz pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu dokonanie autonomicznej oceny zaistniałej sytuacji pod kątem przesłanki wykluczenia przewidzianej w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Tymczasem w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 1 do wniosku MProjekt potwierdził, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w nim. Zarówno w tym dokumencie, jak i pozostałych

załączonych do wniosku, wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do kwestii opracowania OPZ w postępowaniu. 1.5. Powyższe nakazuje uznać, że MProjekt celowo zataił okoliczność wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie postępowania, z którym związana jest podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Tymczasem wykonawca powinien samodzielnie zwrócić uwagę na tego rodzaju okoliczność, nawet jeżeli w jego subiektywnej ocenie nie powinna ona skutkować tak dotkliwą sankcją.

W ocenie odwołującego w takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca intencjonalnie dopuścił się przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego co do braku podstawy wykluczenia z postępowania. W tym zakresie odwołujący przywołał wyrok z dnia 29 października 2021r., XXIII Zs 109/21.

Odwołujący stwierdził, że dla oceny postępowania MProjekt nie ma znaczenia, że wykonawcy w postępowaniu nie byli zobowiązani do złożenia JEDZ, którego treść zastępowało oświadczenie sporządzone według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego. W takiej sytuacji wykonawca powinien był dodać odpowiednie oświadczenie w treści ww. wzoru lub w osobnym dokumencie (tak jak uczynił np. Budimex). W przeciwnym wypadku fakt uprzedniego zaangażowania w przygotowanie postępowania nie zostaje uzewnętrzniony i nie jest możliwe podjęcie działań zmierzających do ustalenia, czy takie zaangażowanie istotnie narusza konkurencję, jak i jakie czynności należałoby podjąć w celu jej przywrócenia w przetargu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający zastrzegł w treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt 2.1.6, str. 3 i 4) fakultatywne przesłanki wykluczenia dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd, a zatem bezsprzecznie powinny mieć one zastosowanie w tej sprawie i skutkować wyeliminowaniem udziału MProjekt z postępowania.

Niezależnie od powyższego odwołujący zauważył, że przygotowanie całej dokumentacji przez MProjekt dało temu wykonawcy znaczną przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Po pierwsze, MProjekt mógł zdecydować się na przyjęcie takich rozwiązań, których realizacja – zważywszy na ich znajomość ze znacznym wyprzedzeniem w stosunku do konkurentów – w jego przypadku byłaby ułatwiona (w perspektywie czasu lub kosztu realizacji). Wyłącznie MProjekt dysponuje kosztorysami inwestorskimi, a wiedza z nich wynikająca przyznaje mu znaczną przewagę. Może on bowiem zoptymalizować zaoferowaną cenę na podstawie informacji niedostępnych innym wykonawcom – tym bowiem wraz z SWZ przekazano jedynie przedmiary. Co więcej, doświadczenie odwołującego potwierdza, że przedmiary często okazują się błędne, bowiem są opracowane w sposób niezasadnie sugerujący konieczność poniesienia wyższych kosztów, o czym wiedzę ma tylko projektant. Nie bez znaczenia jest też poufny charakter udzielanego zamówienia. Część dokumentacji ma charakter niejawną i może być udostępniana wykonawcom jedynie w siedzibie zamawiającego. W praktyce oznacza to, że wykonawcy mają zapewniony jedynie kilkugodzinny wgląd do tych materiałów, podczas gdy MProjekt ma do nich nieograniczony dostęp. Ewentualne wydłużenie terminu składania ofert nie byłoby w tym przypadku remedium, bowiem w praktyce przygotowania tego rodzaju ofert konieczne jest wielokrotne analizowanie dokumentacji projektowej. W istocie wymagałoby to częstych wizyt w siedzibie zamawiającego i tym samym – nieakceptowalnego z jego perspektywy wydłużenia terminu składania ofert. Ostatecznie i tak przewaga MProjekt nie została wyeliminowana.

Odwołujący zauważył, że w przypadku realizacji robót budowlanych przez MProjekt, ten sam podmiot – jako wykonawca dokumentacji projektowej – będzie sprawował nadzór autorski. Oznacza to ryzyko zaakceptowania przez MProjekt zmian w dokumentacji projektowej w celu zmniejszenia kosztów realizacji zamówienia, które nie zostałyby zaakceptowane w przypadku realizacji prac przez inny podmiot. W istocie MProjekt będzie działał w warunkach konfliktu interesu, zaś mając możliwość akceptowania dla siebie korzystnych zmian w dokumentacji projektowej, już na etapie ofertowania może założyć dalece bardziej optymistyczne założenia niż jego konkurencji.

W ocenie odwołującego MProjekt nie jest w stanie przedstawić jakichkolwiek wiarygodnych i przekonujących wyjaśnień, które pozwoliłyby uznać, że mimo wszystko jego dalszy udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Zapewne i sam wykonawca jest tego świadomy, skoro przemilczał fakt przygotowania OPZ w złożonym wniosku. Z tej przyczyny zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. należy uznać jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania, skoro MProjekt i tak podlega wykluczeniu i to na dwóch niezależnych podstawach, tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z pkt 10 PZP i art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Jednakże w przypadku uznania przez Izbę, że mimo wszystko MProjekt powinien być wprawdzie wezwany do wyjaśnień w ww. zakresie, to również z uwagi na to zaniechanie zamawiającego odwołanie należy uznać za zasadne.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia B. i Budimex z postępowania, odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu: „Zapewnienie bezpieczeństwa informacji niejawnych: warunkiem dostępu Wykonawcy do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE”, w związku z realizacją zamówienia jest zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych. W związku z tym Wykonawca winien przedstawić Zamawiającemu, zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2023.756 t.j.)

świadcstwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli Poufne lub wyższej, wydane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.”

W powyższym zakresie zamawiający skorzystał ze szczególnego uprawnienia wynikającego z § 11 ust. 1 pkt 2 lit. c rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku zamówień, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają - w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności ważnego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, ważnego poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, o których mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Tymczasem ani B. ani Budimex S.A. nie zastosowali się do wymagań ogłoszenia o zamówieniu i nie załączyli do wniosku wymaganego świadectwa, lecz poprzestali jedynie na złożeniu Zgody na Udostępnienie Informacji Niejawnych o Klauzuli „POUFNE”, wydanej w obu przypadkach przez Zastępcę Szefa ABW odpowiednio dnia 28 września 2023 r. dla B. oraz dnia 2 czerwca 2023 r. dla Budimex.

Odwołujący stwierdził, że słusznie przyjął zamawiający, iż wnioski złożone przez ww. wykonawców są wadliwe – tj. nie zawierają wymaganych podmiotowych środków dowodowych i działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwał każdego z tych wykonawców do złożenia świadectwa przywołując w treści wezwań wymóg zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu, o którym mowa powyżej. Błędnie jednak ocenił otrzymane od wykonawców wyjaśnienia. W odpowiedzi na otrzymane wezwania, wykonawcy ponownie złożyli zgody, jednocześnie wyjaśniając, że rzekomo uzyskanie tego rodzaju dokumentu w oparciu o art. 54 ust. 7 Uoin, zastępuje wymagane w niniejszym postępowaniu świadectwo I stopnia do czasu zakończenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego prowadzonego w stosunku do tych wykonawców przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego w celu wydania dla tych wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. B. stwierdził dodatkowo, że w jego ocenie zgoda jest równoznaczna z posiadaniem Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego o klauzuli „Poufne”. Budimex oświadczył natomiast w swych wyjaśnieniach, że skoro zgoda obowiązuje do czasu zakończenia postępowania prowadzonego przez ABW, a postępowanie to toczy się w celu wydania Świadectwa pierwszego stopnia, potwierdzającego pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych, to wydana dla Budimex zgoda „obejmuje również pełen zakres przetwarzania informacji niejawnych. Tym samym jest traktowana jako dokument wywołujący taki sam skutek jak świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia”. Wykonawcy nie podali jednak żadnej podstawy prawnej swych twierdzeń o rzekomej możliwości posługiwania się zamiennie zgodą zamiast świadectwem i to w takim samym zakresie, jaki wymagany był przez zamawiającego, tj. w celu wykazania upoważnienia do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” pierwszego (a więc najwyższego) stopnia. Odwołujący wskazał, że art. 55 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych przewiduje, że w zależności od stopnia zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej wydaje się świadectwo odpowiednio:

- 1) pierwszego stopnia - potwierdzające pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji (taki stopień świadectwa wymagany jest w postępowaniu);
- 2) drugiego stopnia - potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania we własnych systemach teleinformatycznych;
- 3) trzeciego stopnia - potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach.

Odwołujący zauważył, że przepis art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych, który został przywołany przez wykonawców w ich wyjaśnieniach, potwierdza jednoznacznie, że pisemna zgoda, o wydanie której przedsiębiorca może wystąpić do wskazanych w tym przepisie organów, w trakcie trwającego postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, obejmuje wyłącznie upoważnienie do: udostępnienia informacji niejawnych o klauzuli "poufne". Zgoda potwierdza zatem jedynie podstawową zdolność przedsiębiorcy (w minimalnym wymaganym zakresie) do ochrony informacji niejawnych. Nie sposób wywieść z ww. przepisu, aby zgoda potwierdzała pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony przedmiotowych informacji adekwatnie do świadectwa pierwszego stopnia, tj. aby upoważniała do przetwarzania informacji we własnych systemach teleinformatycznych. Wykonawcy zresztą zdają się być tego ograniczenia świadomi, dlatego też – jak można się domyślać – wraz w wyjaśnieniach przedłożyli dodatkowo świadectwo akredytacji bezpieczeństwa posiadanego systemu teleinformatycznego, przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o

klauzuli „poufne”. Wymóg posiadania takiej akredytacji wynika jednak z innej regulacji tj. z art. 48 i jest niezależny od wymogu posiadania świadectwa pierwszego stopnia. W konsekwencji, posiadając jedynie zgody, wykonawcy nie są uprawnieni do faktycznego przetwarzania przedmiotowych informacji w swoich systemach teleinformatycznych zgodnie z prawem. Uprawnienie to nie wynika bowiem z samego faktu uzyskania akredytacji. Co więcej, wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawców pozostają w sprzeczności nie tylko z jasnym brzmieniem art. 54 ust. 7 w zw. z art. 55 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, lecz również z samą treścią przedłożonych zgód. Organ wydający zgody jednoznacznie wskazał bowiem, że zgoda wydawana jest: „do czasu zakończenia przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego postępowania bezpieczeństwa przemysłowego prowadzonego w celu wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzającego pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji.” Przedłożone zgody bezsprzecznie zatem potwierdzają, że dopiero wydane świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzać będzie pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 czerwca 2024 roku zamawiający wniósł o:

- l) oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów oraz oświadczeń złożonych w toku postępowania przed KIO na okoliczności wskazane w uzasadnieniu do odpowiedzi lub przedstawione w trakcie rozprawy;
- 3) obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa pełnomocnika.

Zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z zarzutami odwołującego o naruszeniu: art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 w zw. z art. 405 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia MProjekt z postępowania; art. 85 ust. 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania MProjekt do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji; art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 147 w zw. z art. 410 i art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a, a także art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku złożonego przez B. w zakresie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia; art. 411 ust. 10 ustawy P.z.p. poprzez zaproszenie MProjekt i B. do złożenia ofert, pomimo, że ich wnioski podlegały odrzuceniu.

Zamawiający wskazał, że zasadność wykluczenia MProjekt z powodu naruszenia konkurencyjności jest wątpliwa, gdyż:

- 1) MProjekt nie podlegał wykluczeniu na obecnym etapie postępowania w związku z tym, że zamawiający podjął odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje wyłącznie w przypadku, gdy zaangażowanie tego wykonawcy w przygotowanie postępowania zakłóci konkurencję i nie może być (to zakłócenie) wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie;
- 2) w związku z wypełnieniem przez zamawiającego obowiązków z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., MProjekt nie został wezwany do złożenia wyjaśnień z art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p., celem przedstawienia dowodów, że mimo jego zaangażowania w przygotowanie postępowania nie doszło do zakłócenia konkurencji;
- 3) zostały podjęte przez zamawiającego czynności w celu zapewnienia środków konkurencji w ramach postępowania:
 - a) dokumentacja projektowa została udostępniona wykonawcom na zasadzie art. 103 ustawy P.z.p. Dokumentacja ta zawiera wszelkie informacje, które zamawiający uzyskał od MProjekt oraz które zamawiający przekazał MProjekt, a które są istotne dla opracowania oferty wykonania robót budowlanych,
 - b) przekazana wykonawcom dokumentacja projektowa zawiera opracowane przedmiary robót budowlanych (opisy w znacznej szczegółowości z odniesieniem do specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych), pomimo przyjęcia zasady wynagrodzenia ryczałtowego § 4 ust. 3 rozporządzenia MRiT z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. poz. 2454),
 - c) przekazane wykonawcom przedmiary robót (zawierające zakres robót budowlanych) oraz stwior (zawierające specyfikacje materiałowe) obejmują także zakres określony w dokumentacji projektowej niejawnej,
 - d) MProjekt nie brał udziału w opracowaniu dokumentów OPZ i SWZ, z wyłączeniem dokumentacji projektowej, wymienionej w pkt 111/1/2) i 3) SWZ,
 - e) według kalkulacji własnej należy obliczyć w cenie ofertowej inne usługi określone w pkt 111/1/4) SWZ i pkt 3/2)-5) OPZ — zakres nieobjęty dokumentacją projektową opracowaną przez MProjekt,

f) wydłużono ustawowy termin składania ofert, określony w art. 41 1 ust. 13 ustawy P.z.p., do 46 dni od dnia przekazania zaproszenia;

4) samo uczestnictwo MProjekt w postępowaniu nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami (zob. wyrok z dnia 28 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 302/20). W innym przypadku, odwołujący powinien podać przykłady istotnego zakłócenia konkurencji na podstawie zaistniałych sytuacji faktycznych, a nie domniemyanych, nieokreślonych zdarzeń (zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 maja 2020 r., sygn. akt. KIO440/20: „Między udziałem wykonawcy w przygotowaniu a zakłóceniem konkurencji musi istnieć adekwatny związek przyczynowo skutkowy polegający na tym, że naruszenie konkurencji jest wynikiem udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowaniu”);

5) zamawiający nie ma obowiązku publikowania kosztorysów inwestorskich. Wiedza nabyta przez MProjekt w tym zakresie — na dzisiaj — może być bez znaczenia ze względu na upływ czasu. Dokumentacja kosztorysowa została opracowana w III kwartale 2023 r. i według ówczesnego poziomu cen MProjekt dokonał tych kalkulacji. Ponadto udostępnione przedmiary robót, które zostały sporządzone w znacznym stopniu ogólności, odpowiadają wprost poszczególnym pozycjom kosztorysów inwestorskich. Stąd, wykonawcy korzystając z ogólnodostępnych publikacji cenowych na rynku robót budowlanych i przedmiarów robót (np. Sekocenbud z listopada 2023 są w stanie samodzielnie (jako profesjonalści) obliczyć koszt robót budowlanych oszacowanych na potrzeby zamawiającego. Zakres robót budowlanych został ujęty w udostępnionych wszystkim wykonawcom przedmiarach robót i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót;

6) projekty niejawnie udostępniano do wglądu w kancelarii tajnej zamawiającego. W przypadku, jeśli wykonawcy w trybie art. 135 ustawy P.z.p. wnosiliby o udostępnienie tej dokumentacji w innej formie, np. przez wypożyczenie z obowiązkiem zwrotu w ramach zmiany SWZ, zamawiający dopuściłby taką zmianę (z art. 137 ust. 1 ustawy P.z.p.). Do dzisiaj żaden wykonawca, w tym odwołujący, nie wystąpił z wnioskiem o zmianę SWZ. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 05 czerwca 2014 r. (sygn. akt IV CSK 626/13) wykonawca, w związku z podjętymi wątpliwościami oraz uwagami ma nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ;

7) podnoszone przez odwołującego wszelkie ryzyka współpracy MProjekt z zamawiającym w ramach praw autorskich nad dokumentacją projektową, w trakcie postępowania, w tym wyjaśnienia wątpliwości wykonawców co do zapisów w projektach, są bezpodstawne i opierają się wyłącznie na subiektywnych twierdzeniach odwołującego, nie popartych żadnymi faktami, których obowiązek udowodnienia ciąży na odwołującym (brak takich dowodów w odwołaniu). Zamawiający wskazał, że gdyby wolą ustawodawcy było niedopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który był uprzednio zaangażowany w przygotowanie takiego postępowania, to dałby temu jasny wyraz w przepisach ustawy P.z.p., poprzez kategorię zapis w tym zakresie.

W ocenie zamawiającego MProjekt nie posiada lepszych informacji od innych wykonawców niż te, które są udostępnione dla wszystkich, zaproszonych do przetargu.

Zamawiający podniósł, że kwestia zasadności wykluczenia B. z powodu braku przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia jest również wątpliwa, gdyż wykonawca ten przedstawił Zgodę na Udostępnienie Informacji Niejawnych o Klauzuli POUFNE, wydaną w dniu 28 września 2023 r. przez ABW. Wskazane wyżej zgoda, przedstawiona na obecnym etapie postępowania, jest zdaniem zamawiającego wystarczająca, gdyż przedmiotowe świadectwo staje się warunkiem niezbędnym do podpisania samej umowy na realizację przedmiotu zamówienia, gdyż w ogłoszeniu wyraźnie wskazano, że zdolność do ochrony informacji niejawnych jest wymagana w związku z realizacją zamówienia, a nie już na etapie składania wniosku o udział w postępowaniu. Ponadto w celu zapewnienia przedsiębiorcom możliwości prowadzenia działalności związanej z ochroną informacji niejawnych, wprowadzono w ustawie o ochronie informacji niejawnych (art. 54 ust. 7) rozwiązanie w postaci zgody na dostęp do informacji niejawnych – dokumentu stanowiącego substytut świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Powyższe rozwiązanie ustawowe ma na celu niwelowanie negatywnych skutków dla przedsiębiorców, wynikających z trwającej ponad termin określony ustawowo, procedury w ABW lub SKW. ABW lub SKW, wydając zgodę na podstawie art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych, bierze pod uwagę przede wszystkim dobro informacji niejawnych oraz aktualną sytuację podmiotu, który występuje o wydanie przedmiotowej zgody. W sytuacjach, w których nie zachodzą przesłanki skutkujące cofnięciem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, a zgromadzony materiał wskazuje na to, iż postępowanie zmierza ku wydaniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, jak również w sytuacji, gdy organ nie jest w stanie wydać go w terminie wynikającym z przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych, Szef ABW wyraża zgodę na dostęp na dotychczasowych zasadach do informacji niejawnych do czasu zakończenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Zgoda Szefa ABW jest przedłużeniem terminu ważności posiadanego świadectwa

bezpieczeństwa przemysłowego.

Zamawiający wskazał, że w przypadkach firm, które przedłożyły w dokumentacji Zgody Szefa ABW na dostęp do informacji niejawnych (art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych), mamy do czynienia z sytuacją ubiegania się o ponowne wydanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego (I) stopnia, a więc zgoda również dotyczy kategorii pierwszego (I) stopnia, ponieważ obie firmy posiadały wcześniej taki stopień świadectwa i o taki sam stopień zawniosowały do ABW. Jeżeli zgoda miałaby dotyczyć innego niż pierwszy stopień, to taką informację zawarto by w treści zgody, czego nie uczyniono, Wobec firm Budimex i B. prowadzone są postępowania sprawdzające, mające na celu wydanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego (I) stopnia. Wobec powyższych okoliczności przedstawiono zamawiającemu jeden z możliwych dokumentów potwierdzających zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych tj. zgodę Szefa ABW, o której mowa w art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Przedmiotowa zgoda jest dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych na tych samych zasadach i w tym samym zakresie co świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego. Należy więc uznać, że przedłożone przez obie firmy zgody, wydane przez ABW na dostęp do informacji niejawnych o klauzuli POUFNE, są dokumentami wystarczającymi do spełnienia wymagań określonych w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Głogowie Małopolskim, MProjekt Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BUDIMEX Spółka akcyjna w Warszawie. Wykonawcy poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 lutego 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 99127-2024, numer wydania Dz.U. S: 34/2024.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ustalono na 20 marca 2024 roku.

W ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu warunki udziału w postępowaniu zostały określone w punkcie 5.1.9 „Kryteria kwalifikacji” w sposób następujący:

„5.1.9 Kryteria kwalifikacji. Kryterium:

Rodzaj: Kompetencje do prowadzenia danej działalności zawodowej

Nazwa: doświadczenie i potencjał techniczny

Opis: W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy spełniający warunki w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia, potencjału technicznego (art. 116 PZP) dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - Wykonawca wykaże, że wykonał należycie – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) co najmniej 3 zadaniami przy realizacji robót budowlanych o podobnym charakterze (budowa, rozbudowa, nadbudowa, przebudowa), w budynkach o kubaturze min. 5000 m³ każdy, o łącznej wartości robót, nie mniejszej niż 30 000 000 zł brutto lub b) co najmniej 2 zadaniami przy realizacji robót budowlanych o podobnym charakterze (budowa, rozbudowa, nadbudowa, przebudowa), w budynkach o kubaturze min. 10000 m³ każdy, o łącznej wartości robót, nie mniejszej niż 30 000 000 zł brutto.

Wykorzystanie tego kryterium: Stosowane Kryteria zostaną wykorzystane do kwalifikacji kandydatów zapraszanych do drugiego etapu procedury

Kryterium:

Rodzaj: Zdolność techniczna i zawodowa

Nazwa: doświadczenie i potencjał techniczny

Opis: W postępowaniu może wziąć udział Wykonawca spełniający warunki w zakresie posiadania niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem osób spełniających wymagania dot. kwalifikacji i doświadczenia zawodowego:

1) osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, posiadającą: a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń posiadającą min. 5 letnie uprawnienia, liczone od dnia uzyskania uprawnień i aktualne zaświadczenie z właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, zgodnie z

przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2023.682 t.j.) oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz.U.2023.551 t.j.), b) spełniającą wymagania, o których mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2022.840 t.j.);

2) osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych, posiadającą: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń posiadającą min. 3 letnie uprawnienia liczone od dnia uzyskania uprawnień i aktualne zaświadczenie z właściwego samorządu zawodowego, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów;

3) osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych, posiadającą: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń posiadającą min. 3 letnie uprawnienia liczone od dnia uzyskania uprawnień i aktualne zaświadczenie z właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa oraz posiadającą uprawnienia do eksploatacji urządzeń i instalacji elektrycznych do 1 kV w zakresie D zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U. 2022.1392);

4) osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót teletechnicznych, posiadającą: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń posiadającą min. 3 letnie uprawnienia liczone od dnia uzyskania uprawnień i aktualne zaświadczenie z właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa.

Wykorzystanie tego kryterium: Stosowane Kryteria zostaną wykorzystane do kwalifikacji kandydatów zapraszanych do drugiego etapu procedury Informacje dotyczące drugiego etapu procedury dwustopniowej:

Procedura zostanie przeprowadzona w kolejnych etapach. Na każdym etapie niektórzy uczestnicy mogą zostać wyeliminowani". (dowód: ogłoszenie o zamówieniu)

Na stronie prowadzonego postępowania (887799) zamawiający zawarł punkt „Wymagania i specyfikacja Wymagania dotyczące wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym”, w którym wskazał:

„Wraz z wypełnionym Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym Wykonawca jest zobowiązany złożyć oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia:

1) Oświadczenie Wykonawcy/Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – zał. nr 1

2) Oświadczenie Podmiotu udostępniającego zasoby/Podwykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – zał. nr 1 – jeśli dotyczy

3) Wykaz osób Wykonawcy wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia związanego z dostępem do informacji niejawnych – zał. nr 2

4) Wykaz robót budowlanych – zał. nr 3

5) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z uprawnieniami dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyżej – zał. nr 4

6) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego – sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

7) Odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 Ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;

8) Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z

opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

9) Zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

10) Dokumentów potwierdzających, że wyszczególnione w wykazie roboty (zał. nr 3) zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

11) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym w/w oświadczenia, dokumenty składa każdy z wykonawców występujący wspólnie;

12) W przypadku podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca będzie ubiegał się o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym w/w dokumenty składa w odniesieniu do każdego z tych podmiotów.

13) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 117 ust. 4 dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy.

14) Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 6, 7, 8, 9 lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków w/w, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy.

15) Do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach art. 118 Ustawy, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, postanowienia ust. 14 stosuje się odpowiednio."

(dowód: 887799)

Zgodnie z pkt. 2.1.2 ogłoszenia:

„2.1.2 Miejsce realizacji

Podpodział krajowy (NUTS): Miasto Warszawa (PL911)

Kraj: Polska

Informacje dodatkowe: Informacje ogólne dotyczące niejawności obiektu i ochrony konserwatorskiej:

1) obiekt planowanego zamówienia na podstawie § 2 pkt 16 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 21 kwietnia 2022 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa lub obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony jest kwalifikowany jako obiekt szczególnie ważny dla bezpieczeństwa lub obronności państwa.

2) teren, na którym będą realizowane roboty budowlane jest obszarem wpisanym do rejestru zabytków pod numerem C48 decyzją z dnia 30 czerwca 1971 r., zgodnie z zapisami ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i ochronie nad zabytkami; 3) teren ten jest terenem zamkniętym, w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, na podstawie decyzji nr 2 Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14012002 roku o określaniu terenu zamkniętego (decyzja ze zmianami): informacjom o obiektach na terenie zamkniętym nadano klauzulę „ZASTRZEŻONE”. Dotyczy to dokumentacji technicznej dotyczącej terenu zamkniętego, opracowywane od dnia wejścia w życie decyzji o ustaleniu terenu zamkniętego, obejmującej projekty i plany: infrastruktury naziemnej i

podziemnej usytuowanej w obrębie terenu zamkniętego, infrastruktury technicznej budynków usytuowanych w obrębie terenu zamkniętego, obejmującej: systemy alarmowe, system kontroli dostępu do obiektów i pomieszczeń oraz system monitoringu obiektów i pomieszczeń”, materiałom geodezyjnym i kartograficznym dotyczącym terenu zamkniętego, stanowiącym dokumentację geodezyjną i kartograficzną terenu objętego obszarem zamknięcia – nadano klauzulę „POUFNE”.

Zapewnienie bezpieczeństwa informacji niejawnych: warunkiem dostępu Wykonawcy do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE”, w związku z realizacją zamówienia jest zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych. W związku z tym Wykonawca winien przedstawić Zamawiającemu, zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2023.756 t.j.) świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli POUFNE lub wyższej, wydane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Realizacja przedmiotu zamówienia musi być zgodna z wymogami zawartymi w instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego. Dostęp do informacji niejawnych w zakresie niezbędnym do realizacji Umowy posiadać będą osoby posiadające ważne poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli tajności „POUFNE” lub wyższej, ujęte przez wykonawcę w „Wykazie osób Wykonawcy wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia związanego z dostępem do informacji niejawnych” oraz posiadające ważne zaświadczenia o odbytych szkoleniach w zakresie ochrony informacji niejawnych. Wykaz osób zostanie przekazany Zamawiającemu na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca, pod rygorem odpowiedzialności karnej za ujawnianie informacji podlegających ochronie zobowiąże się do przestrzegania procedur, zasad i przepisów, dotyczących materiałów zawierających informacje niejawne, zgodnie z przywołaną ustawą o ochronie informacji niejawnych oraz zapisami zawartymi w instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego. Wykonawca zobowiąże się do poinformowania Podwykonawców o ciążyącym na nich obowiązku ochrony informacji niejawnych, które uzyskują w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w trakcie realizacji zamówienia oraz po jego zakończeniu w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.” (*dowód: ogłoszenie o zamówieniu*)

W związku z tym, że przystępujący MProjekt wykonał dla zamawiającego dokumentację projektową i uzyskał pozwolenie na budowę w ramach umowy na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwoleń administracyjnych na budowę i pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Nadbudowa i przebudowa budynku nr 3 Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej”, zamawiający, w celu wprowadzenia środków zachowania zasad konkurencji z art. 85 ustawy P.z.p. podjął decyzję o wydłużeniu terminu składania ofert, określonego w art. 411 ust. 13 ustawy P.z.p., o 5 dni (*dowód: pisma z dnia 2 i 30 kwietnia 2024 roku*).

W dniu 24 kwietnia 2024 r. zamawiający, wskazując jako podstawę art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał przystępującego B. oraz wykonawcę Budimex „do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie: 1. Świadectwa i poświadczenia Bezpieczeństwa Przemysłowego o klauzuli „Poufne”. Zamawiający w ogłoszeniu 99127-2024 opublikował informację, że „Wykonawca składa Zamawiającemu, zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2023. poz. 756) świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „Poufne” lub wyższej, wydane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego”. Zgodnie z rozporządzeniem ministra rozwoju, pracy i technologii z 23.12.2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) Zamawiający może żądać w przypadku zamówień, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają – dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy w szczególności ważnego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, ważnego poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, o których mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742). Zamawiający wzywa do złożenia świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego o klauzuli „Poufne” oraz Poświadczeń Bezpieczeństwa o klauzuli „Poufne” dla osób wskazanych w załączniku nr 2 do Wniosku, wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia.” (*dowód: pisma z dnia 24 kwietnia 2024 roku*).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r. przystępujący B. złożył zgodę z dnia 28.09.2023 r. wraz z zaświadczeniem ABW z 25 kwietnia 2024 r. o prowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego w celu wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli „poufne” oraz świadectwem akredytacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji o klauzuli „poufne” z 12 września 2023 r. oraz wyjaśnił, że przedmiotowa zgoda upoważnia do udostępnienia firmie informacji o klauzuli „poufne” do czasu wydania przez ABW świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego (art. 64 ust. 1

ww. ustawy), a w świetle obowiązujących przepisów ww. zgoda jest równoznaczna z posiadaniem Świadcstwa Bezpieczeństwa Przemysłowego o klauzuli „Poufne”. (dowód: pismo z dnia 26 kwietnia 2024 roku z załącznikami)

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2024 roku wykonawca Budimex złożył zgodę ABW z dnia 2 czerwca 2023 roku i wyjaśnił, że: „Zamawiający określił jako jeden z warunków dopuszczających do udziału w postępowaniu, posiadanie aktualnego Świadcstwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I stopnia upoważniającego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE”. Zgodnie z art. 51. ust. 1 Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o Ochronie Informacji Niejawnych (Dz.U. z 2023 r. poz. 756) warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych. Jednym z dokumentów potwierdzających zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyżej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydawane przez ABW lub SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Wskazać należy jednak, iż zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego nie jest jedynym dokumentem, jaki potwierdza zdolność do ochrony informacji niejawnych. Art. 54 ust. 7 ustawy przewiduje możliwość wydania pisemnej zgody właściwego organu na dostęp do informacji niejawnych o klauzuli poufne” lub wyższej na rzecz przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego. W przypadku Budimex S.A. z uwagi na przedłużające się postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego, na wniosek spółki Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego wydał w dniu 2 czerwca 2023 roku zgodę na udostępnienie spółce informacji niejawnych o klauzuli poufne. W/w zgoda na charakter uniwersalny, tzn. nie dotyczy jednostkowego przypadku udostępnienia informacji niejawnych, a obowiązuje do zakończenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Z uwagi na fakt, iż jak określono w treści zgody Szefa ABW obowiązuje ona do czasu zakończenia przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego postępowania bezpieczeństwa przemysłowego prowadzone w celu wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzającego pełną zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne, zgoda ta obejmuje również pełen zakres przetwarzania informacji niejawnych. Tym samym jest traktowana jako dokument wywołujący taki sam skutek jak świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia. Stanowisko powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2019 roku (sygn. akt 1517/19). Spółka wnosi zatem o uznanie przedłożonej zgody Szefa ABW jako dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie, jako uzupełniający środek dowodowy spółka załącza świadectwo akredytacji dla systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne”. (dowód: pismo z dnia 25 kwietnia 2024 roku z załącznikami).

W dniu 13 maja 2024 roku zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformował, że odwołujący, przystępujący B. i przystępujący MProjekt spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformował o odrzuceniu wniosku wykonawcy Budimex na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. (dowód: informacja z dnia 13 maja 2024 roku).

Wykonawca Budimex nie wniósł odwołania wobec czynności odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (*okoliczność bezsporna*).

Zamawiający udostępnił wykonawcom dokumentację projektową, w tym przedmiary robót budowlanych, na zasadzie art. 103 ustawy P.z.p. Zamawiający nie udostępnił kosztorysów inwestorskich. Zamawiający umożliwił dostęp do dokumentacji niejawnej w kancelarii tajnej zamawiającego. Ponadto zamawiający przedłużył termin na składanie ofert do 46 dni od dnia przekazania zaproszenia (*okoliczności bezsporne*).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MProjekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 17 czerwca 2024 roku stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców B. i MProjekt do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 17 czerwca 2024 roku stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy Budimex do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego. W ocenie Izby wykonawca Budimex nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, do czego zobowiązuje go dyspozycja art. 525 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający odrzucił wnioski wykonawcy Budimex na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. i wykonawca Budimex nie wniósł odwołania na tę czynność zamawiającego. Tym samym wykonawca Budimex został skutecznie i trwale pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a rozstrzygnięcie odwołania na korzyść zamawiającego nie zmieniło jego statusu w postępowaniu.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MProjekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że przystępujący MProjekt wykonał dla zamawiającego dokumentację projektową i uzyskał pozwolenie na budowę w ramach umowy na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwoleń administracyjnych na budowę i pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Nadbudowa i przebudowa budynku nr 3 Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej”. W ramach tego zadania przystępujący MProjekt sporządził również kosztorysy inwestorskie, które nie zostały przekazane wykonawcom, oraz będzie sprawował nadzór autorski nad realizacją przedmiotowego zamówienia. Ponadto wykonawca MProjekt jest autorem niejawnej części dokumentacji projektowej, która również nie została przekazana innym wykonawcom. Wykonawcy ci mogą uzyskać wgląd do niejawnej części dokumentacji w kancelarii tajnej zamawiającego.

W ocenie Izby wskazane wyżej okoliczności świadczą o tym, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. Jak wskazano w publikacji „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza” Warszawa 2021 str. 385 i nast.:

Z odesłania do art. 85 ust. 1 Pzp wynika, że przez „wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy” należy rozumieć sytuację, w której wykonawca „doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia”. Chodzi więc o każde włączenie się wykonawcy w przygotowanie danego postępowania. Obejmuje to w szczególności działania wspierające, które polegają na przekazaniu zamawiającemu konkretnych wskazówek lub informacji służących udzieleniu zamówienia. Nie ma znaczenia, czy doradztwo świadczone jest na zlecenie zamawiającego, czy też polega na przekazaniu już wcześniej przygotowanych materiałów. Obojętny jest także zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. (...) W przypadku zamówienia na projekt wykonawczy wcześniej zaangażowanym wykonawcą jest autor projektu koncepcyjnego lub projektu budowlanego, a w przypadku zamówienia na nadzór autorski – autor projektu koncepcyjnego.

(...)

Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy musi skutkować zakłóceniem konkurencji. Do zakłócenia konkurencji dochodzi, jeżeli w wyniku wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie danego postępowania wykonawca uzyskał przewagę konkurencyjną względem innych oferentów. TSUE wskazał na dwie przyczyny zakłócenia konkurencji. Osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może, po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści swoich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że osoba ta, będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym, może, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłyby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami.

Kwestia wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie zamówienia i wynikające stąd zakłócenie konkurencji była przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej, która w bardzo zbliżonych do rozpoznawanego stanach faktycznych uznała, że wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy doprowadziło do zakłócenia konkurencji (vide: wyrok z dnia 8 października 2019 roku sygn. akt KIO 1834/19, wyrok z dnia 2 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 3535/20).

W ocenie Izby podjęte przez zamawiającego środki mające zagwarantować, że udział wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, polegające na przekazaniu wykonawcom dokumentacji projektowej (poza- częścią tajną), umożliwienie dostępu do części tajnej dokumentacji projektowej oraz przedłużeniu terminu składania ofert, są niewystarczające dla wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Wykonawca MProjekt ma nadal istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Jednocześnie Izba wskazuje, że wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wcześniej zaangażowanego wykonawcy, zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną zarówno w art. 85 ust. 2, jak i art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., winno mieć miejsce jedynie wówczas, gdy zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 85 ust. 2 zdanie drugie ustawy P.z.p. zamawiający jest obowiązany zapewnić wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy MProjekt do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji i dokonanie ponownej oceny wniosków.

Izba wskazuje, że przystępujący MProjekt w piśmie procesowym z dnia 17 czerwca 2024 roku przedstawił swoje stanowisko w sprawie i załączył dowody w celu wykazania, że jego wcześniejsze zaangażowanie nie zakłóci konkurencji. Niemniej jednak Izba uznała, że nie jest jej rolą na tym etapie postępowania dokonywanie oceny, czy przystępujący MProjekt skutecznie udowodnił brak zakłócenia konkurencji. Zgodnie z cytowanym wyżej art. 85 ust. 2 zdanie drugie ustawy P.z.p. to zamawiający obowiązany jest zapewnić wykonawcy możliwość udowodnienia, że w jego przypadku zakłócenie konkurencji nie miało miejsca. Dokonanie oceny, czy wykonawca to udowodnił, należy zatem do zamawiającego, natomiast Izba w następnej kolejności bada, czy czynność zamawiającego podjęta w tym zakresie jest prawidłowa. Izba nie może wyręczać zamawiającego z dokonania czynności, do której jest obowiązany przepisami ustawy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z pkt 10 w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia MProjekt z postępowania (i w konsekwencji zaniechania odrzucenia wniosku MProjekt na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.) w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu bowiem zaniechał przedstawienia informacji o swoim wcześniejszym zaangażowaniu w przygotowanie postępowania, obejmującym przygotowanie OPZ w zakresie dokumentacji projektowej, co istotnie zakłóciło konkurencję, a tym samym MProjekt przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do braku podstaw wykluczenia z postępowania i mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie odwołującego wprowadzenie zamawiającego w błąd polegało na celowym zatajeniu przez przystępującego MProjekt okoliczność wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie postępowania, z którym związana jest podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do stwierdzenia, iż w rozpoznawanym przypadku zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. Składając oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia przystępujący MProjekt nie wprowadził zamawiającego w błąd. Odwołujący zdaje się zrównywać okoliczność wcześniejszego zaangażowania przystępującego MProjekt z bezwzględną koniecznością wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Tymczasem ze wskazanego przepisu wynika, że nie wyklucza się z postępowania wcześniej zaangażowanego wykonawcy, jeżeli spowodowane zaangażowaniem zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie Izba podkreśla, że nie może być mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd poprzez zatajenie faktu wcześniejszego zaangażowania w sytuacji, w której zamawiający – jako organizator postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej na nadbudowę i przebudowę budynku nr 3 Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej – miał pełną wiedzę co do zaangażowania przystępującego MProjekt. Okoliczność ta została ujawniona w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (pisma zamawiającego z 2 i 30 kwietnia 2024 roku).

Powyższe uzasadnia również uznanie za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 w zw. z art. 405 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia MProjekt z postępowania (i w konsekwencji zaniechania odrzucenia wniosku MProjekt na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.) pomimo wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy w przygotowanie postępowania, co w sposób istotny zakłóciło konkurencję, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie MProjekt z udziału w

postępowaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 147 w zw. z art. 410 i art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., a także art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku złożonego przez B. oraz wskazania dodatkowej podstawy odrzucenia wniosku złożonego przez Budimex w sytuacji, gdy wnioski te zostały złożone przez wykonawców niespełniających warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej, wydanego przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p. przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu „Kryteria kwalifikacji”. Sformułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczą doświadczenia wykonawcy oraz jego potencjału osobowego. Zamawiający nie ustanowił w tym miejscu warunku udziału w postępowaniu w postaci konieczności posiadania świadectwa przemysłowego I stopnia. Ponadto na stronie prowadzonego postępowania (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/887799>) zamawiający zawarł punkt „Wymagania i specyfikacja Wymagania dotyczące wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym”, w którym określił oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów nie obejmuje świadectwa przemysłowego I stopnia.

Zgodnie z pkt. 2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu „Miejsce realizacji”: *Zapewnienie bezpieczeństwa informacji niejawnych: warunkiem dostępu Wykonawcy do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE”, w związku realizacją zamówienia jest zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych. W związku z tym Wykonawca winien przedstawić Zamawiającemu, zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2023.756 t.j.) świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli POUFNE lub wyższej, wydane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.*

Analiza powyższych zapisów wskazuje, że poświadczenie bezpieczeństwa nie było dokumentem, który wykonawcy obowiązani byli złożyć razem z wnioskiem. Posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa nie było warunkiem udziału w postępowaniu, a wymóg złożenia poświadczenia wraz z wnioskiem nie wynikał z wykazu dokumentów wymaganych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, wskazanych na stronie zamawiającego, na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie. Z treści pkt. 2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu wynika natomiast, że przedstawienie tego dokumentu jest warunkiem dostępu do informacji niejawnych. Oznacza to, że wykonawca obowiązany jest przedłożyć wymagane poświadczenie przed uzyskaniem dostępu do informacji niejawnych.

Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia wniosków wykonawców B. i Budimex z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej, wydanego przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.

Izba pozostawiła bez rozpoznania argumentację stron i przystępującego B. dotyczącą możliwości wykazania dostępu do informacji niejawnych na podstawie pisemnej zgody Szefa ABW na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. Wobec ustalenia, że wykazanie się posiadaniem właściwego poświadczenia bezpieczeństwa nie było wymagane na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, argumentację podniesioną w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotową.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....