

WYROK
z dnia 24 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków w wysokości 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych),

2.2. zasądza od Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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 1891/23

UZASADNIENIE

W dniu 3 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Usługa bezpośredniej ochrony fizycznej, monitoringu obiektów, konserwacji oraz serwis techniczny systemów zabezpieczeń na obiektach zlokalizowanych na terenie Oddziału Rembelszczyzna Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., w tym także należących do Systemu Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. Numer referencyjny: ZP/2023/06/0065/PB” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) „wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia”.

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 117 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu”, wnosząc o „nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu” – to jest „zmianę postanowienia w Rozdziale X pkt. 5 SWZ w następującym brzmieniu lub równoważnym: „O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: ... Dysponują odpowiednim świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej o klauzuli POUFNE, wydanym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2023.756 z dnia 2023.04.21 ze zm.)”. Uwaga: W przypadku, Wykonawcy, występującego samodzielnie, musi on posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE wymagane jest od tego podmiotu występującego wspólnie, który będzie przetwarzał informacje niejawne, związane z realizacją kontraktu we własnych systemach teleinformatycznych, zaś od pozostałych konsorcjantów, którzy będą realizować umowę, wymagane jest posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE.”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu ograniczonego. Postępowanie dotyczy zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, będącego zamówieniem sektorowym. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 118-368875.

W Sekcji III pkt III.1.4 ppkt II ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu określono, że „O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) 5. Dysponują świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydanym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, co najmniej o klauzuli POUFNE, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2023.756 z dnia 2023.04.21 ze zm.). Uwaga: W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie.(...)”

W rozdziale X specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) 5. Dysponują świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydanym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, co najmniej o klauzuli POUFNE, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2023.756 z dnia 2023.04.21 ze zm.). Uwaga: W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie. (...)”

Odwołujący nie dysponuje świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia, potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych co najmniej o klauzuli POUFNE.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentów zawartych w dokumentacji Postępowania, zaś w zakresie dysponowania przez Odwołującego ww. świadectwem na podstawie twierdzenia Zamawiającego, któremu Odwołujący nie zaprzeczył.

Izba nie stwierdziła, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Mając na uwadze treść art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, rozpoznając odwołanie Izba zobowiązana była do weryfikacji, czy Odwołującemu przysługuje prawo jego wniesienia, czyli 1) czy Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu tego przepisu, 2) czy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz 3) czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

O ile nie budziło wątpliwości, że Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu ww. przepisu w świetle art. 7 pkt 30) Pzp, zgodnie z którym „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”, to nie było natomiast podstaw do przyjęcia, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp oraz że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 kwietnia 2023 r., wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 3059/22 „Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Pogląd ten jest jednoznaczny i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej od lat (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-29 sygn. akt KIO 752/23 - Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu; podobnie: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-20, sygn. akt KIO 596/23; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-18, sygn. akt KIO 2350/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-10-13, sygn. akt KIO 2811/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-06, sygn. akt KIO 2043/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-03, sygn. akt KIO 427/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2020-10-26, sygn. akt KIO 2540/20).”.

W treści odwołania wniesionego w niniejszej sprawie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie przedstawiono jakichkolwiek twierdzeń w zakresie poniesienia lub możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W konsekwencji nie sposób było uznać, że Odwołujący wykazał, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku takiego naruszenia.

W powyższej sytuacji odwołanie podlega oddaleniu, bez względu na to, czy jest merytorycznie zasadne (por.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r. wydany w postępowaniu sygn. KIO 540/23), gdyż Izba nie dokonuje oceny zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu.

W ocenie Izby Odwoływający nie wykazał również, że ma on lub miał interes w uzyskaniu zamówienia.

W treści odwołania wskazano, że „Odwoływający oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie – złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.”.

Zdaniem Izby powyższe twierdzenia nie były zasadne mając na względzie, że – jak trafnie podniósł Zamawiający, a czego Odwoływający nie kwestionował - „przedmiotem odwołania nie jest warunek udziału w Postępowaniu w postaci wymogu wykazania dysponowania przez wykonawcę świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego (dalej jako: „ŚBP”) I stopnia, o którym mowa w Rozdziale X pkt 5 SWZ, ale wyłącznie opis szczególnego sposobu spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, a także bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego okoliczność, że Odwoływający nie dysponuje świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia, potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych co najmniej o klauzuli POUFNE.

W konsekwencji należało przyjąć, że w niniejszej sprawie odwołanie zostało wniesione na postanowienia Sekcji III pkt III.1.4 ppkt II ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu oraz rozdziału X SWZ jedynie w takim zakresie, w jakim określały one, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia każdy z tych wykonawców musi dysponować „świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE” (czyli potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych co najmniej o klauzuli POUFNE), a Odwoływający nie kwestionował zgodności z przepisami Pzp ww. postanowień w zakresie, w jakim określono w nich, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, „świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE” (czyli potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych co najmniej o klauzuli POUFNE).

Nie może ulegać wątpliwości, że ww. postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w zakresie, w jakim określono w nich, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, „świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE”, uniemożliwiają Odwoływającemu „złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie – złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie”. W tym zakresie zgodność z przepisami Pzp ww. postanowień nie była kwestionowana, a zatem okoliczności przedstawione w zacytowanym powyżej fragmencie odwołania nie mogą uzasadniać uznania, że Odwoływający ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Zważywszy na zakres odwołania, nawet w przypadku jego uwzględnienia i nakazania Zamawiającemu zmiany ww. postanowień ogłoszenia o zamówienia i SWZ w sposób określony w odwołaniu, w sytuacji, gdy Odwoływający nie dysponuje świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych co najmniej o klauzuli POUFNE nie uległaby zmianie jego - jako osoby prawnej, która oferuje na rynku świadczenie usług (których świadczenie jest przedmiotem zamówienia w Postępowaniu) - sytuacja w zakresie spełniania określonego w Sekcji III pkt III.1.4 ppkt II ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu oraz rozdziału X SWZ warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu takim świadectwem; takie rozstrzygnięcie Izby nie skutkowałoby tym, że Odwoływający spełniałby przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu.

Brak jest ponadto podstaw do przyjęcia, że Odwoływający ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp ze względu na to, że mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą, który dysponuje „świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE”. Takich twierdzeń nie zawarto w odwołaniu, a jak wskazano powyżej wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia wykonawca musi nastąpić (zostać przedstawione) w odwołaniu.

Ponadto należy wskazać, że zdaniem Izby ocena posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp musi następować w odniesieniu do wykonawcy, który wnosi odwołanie. W świetle art. 58 ust. 5 Pzp, stanowiącym, że „przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, powyższe prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdy odwołanie jest wnoszone wobec treści dokumentów zamówienia w zakresie, w jakim określają one sposób spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, ocena interesu w uzyskaniu zamówienia powinna następować w odniesieniu do tych wykonawców łącznie, a nie w odniesieniu do określonej osoby fizycznej albo osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, będącej jednym z tych wykonawców.

W konsekwencji, aby ocena taka mogła być dokonana, odwołanie takie musiałoby zostać wniesione przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego – co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia, że na podstawie art. 505 ust. 1 Pzp Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, wobec czego podlegało ono oddaleniu bez dokonywania oceny zasadności zawartych w nim zarzutów,

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 3 pkt 2), § 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez czterech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia realizacji transakcji, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się: wynagrodzenie jednego z pełnomocników w wysokości 5.799,45 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 68 złotych. Zważywszy na treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez więcej niż jednego pełnomocnika za uzasadniony koszt Zamawiającego, a do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Przystępującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych.

W tym stanie rzeczy do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika jego reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący, a Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.617 złotych.

Przewodniczący:.....