Sygn. akt: KIO 172/15

WYROK
z dnia 12 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę MELBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu, ul. Składowa 4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33**

przy udziale wykonawcy **M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, ul. Płocka 164** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 172/15 po stronie odwołującego,

przy udziale **wykonawcy Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie 76** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 172/15 po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawcy ZRUG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 45** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 172/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania na przebudowę sieci elektro-energetycznej, kanalizacyjnej, wodociągowej i c.o. kompleksu JW. 1641 Inowrocław wojskowego wszczętego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 listopada 2014r. za numerem 2014/S 230-405287 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę MELBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu, ul. Składowa 4** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa – Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33** na rzecz **wykonawcy MELBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu, ul. Składowa 4** kwotę 23 600 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 172/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę sieci elektro-energetycznej, kanalizacyjnej, wodociągowej i c.o. kompleksu wojskowego JW. 1641 Inowrocław zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa –

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 listopada 2014r. za numerem 2014/S 230-405287. W dniu 20 stycznia 2015r. zamawiający dokonał modyfikacji treści ogłoszenia i siwz w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów i oświadczeń jakie wykonawcy powinni przedłożyć w ceny potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2015r. za numerem 2015/S 017 – 025786.
W dniu 28 stycznia 2015r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca MELBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu, ul. Składowa 4. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym złożonym przez prezesa zarządu spółki ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 28 stycznia 2014r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) polegającą na drastycznym zaostrzeniu warunków wejścia do postępowania w sposób nie związany i nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, powodująca eliminację odwołującego z postępowania oraz żądanie dokumentów zbędnych i potwierdzających niezgodnie z przepisami stosownego rozporządzenia wykonawczego o dokumentach Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 1), pkt. 3), art. 22
ust 4, art. 25 ust. 1, ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) względem czynności zamawiającego nakazanych przepisami ustawy
Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności przez cofnięcie czynności modyfikacji siwz i przywrócenie pierwotnych warunków udziału w postępowaniu oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu podniósł, że zmawiający w dniu 20 stycznia 2015r.zmodyfikował siwz w zakresie warunków wejścia do postępowania dotyczących uprawnień szczególnych w zakresie informacji niejawnych oraz potencjału osobowego, w ten sposób, że zablokował

---

wejście do postępowania szeregu wykonawcom, nawet w formule podmiotu wspólnego, w tym odwołującego.
Odwołujący przytoczył pierwotne postanowienia siwz, które stanowiły:

1. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Ustawy dotyczące:
1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający odstępuje od opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Warunek oceniony zostanie na podstawie złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.
1.3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
1.3.1 potencjał techniczny
W celu spełniania wymagań w zakresie ochrony informacji niejawnych wykonawca musi wykazać się dysponowaniem systemem teleinformatycznym z akredytacją bezpieczeństwa teleinformatycznego do przetwarzania informacji o klauzuli minimum Zastrzeżone.

1.3.2 potencjał kadrowy

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca musi wykazać się dysponowaniem osobami legitymującymi się kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca w ofercie wyznaczy nw. osoby:
a) jedna osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy, posiadająca:
- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowanej, zrzeszoną w Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa
- poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie o dostępu do informacji niejawnych o klauzuli,, ZASTRZEŻONE" wraz z zaświadczeniem o przeszkoleniu z zakresu ochrony
informacji niejawnych,

b) jedna osoba proponowana na stanowisko kierownika robót elektrycznych, posiadająca:
- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, zrzeszoną w Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa,
- poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie o dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE" wraz z zaświadczeniem o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych,
c) jedna osoba proponowana na stanowisko kierownika robót sanitarnych, posiadająca:

- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, zrzeszoną w Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa,
- poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie o dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE" wraz z zaświadczeniem o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych,
d) ponadto osoby realizujące zamówienie w zakresie systemów alarmowych muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie o dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE" wraz z zaświadczeniem o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych
2. W przypadku oferty składanej wspólnie przez kilku Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ocena warunków określonych w pkt. 1.2 - 1.4. SIWZ będzie dokonana łącznie w stosunku do Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.
1.5. Na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących zdolności do ochrony informacji niejawnych wykonawca wraz z ofertą załączy:
1) wykaz osób, który będą realizować przedmiotowe zamówienie w zakresie dotyczącym dostępu do informacji niejawnych wraz z podaniem numerów, klauzul tajności i dat wystawienia poświadczeń bezpieczeństwa lub upoważnień do dostępu do informacji niejawnych oraz zaświadczeń o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych
2) kserokopię dokumentu potwierdzającego dysponowanie akredytowanym systemem teleinformatycznym do przetwarzania informacji o klauzuli Zastrzeżone

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem opinii Prezesa UZP możliwość złożenia oferty wspólnej przez kilku wykonawców wynika wprost z art. 23 ust. 1 ustawy, który transponował do krajowego porządku prawnego art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE
Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114), dalej jako: „dyrektywa 2004/18/WE". Celem zawarcia przez wykonawców porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest połączenie kompetencji i doświadczenia partnerów, jak również rozłożenia ryzyka przedsięwzięcia pomiędzy wszystkich uczestników porozumienia. Ponadto wprowadzenie możliwości składania oferty przez więcej niż jeden podmiot ułatwia ubieganie się o zamówienie publiczne małym i średnim wykonawcom, często niebędącym w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. Przepisy ustawy nie narzucają na żadnym etapie postępowania formy prawnej, jaką powinni przyjąć wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne. Ustawodawca pozostawił swobodę wyboru

formy najbardziej odpowiadającej interesom podmiotów zawierających porozumienie. Najczęściej wybieraną formą łożenia oferty wspólnej jest konsorcjum. [...] W przypadku natomiast warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy nie ma wątpliwości, że konieczność ich spełniania odnosi się do konsorcjum jako całości, nie zaś do jego poszczególnych członków. Wykazanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem kadrowym i technicznym oraz sytuacją ekonomiczną i finansową podlega co do zasady sumowaniu i łącznej ocenie przez zamawiającego. Oznacza to, że co do zasady zamawiający nie może wymagać, aby warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione samodzielnie przez

partnerów konsorcjum. Odmienna interpretacja prowadziłaby do ograniczenia możliwości tworzenia konsorcjum oraz sprzeciwiałaby się istocie i celowi zawierania konsorcjum. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi wyrok z 17 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 733/10.
Odwołujący, spełniając wszystkie warunki postępowania, oprócz tych związanych z wymogami dotyczącymi informacji niejawnych, dążył do zawiązania Konsorcjum z innym wykonawcą spełniającym warunki dotyczące informacji niejawnych.
Niestety, zamawiający dnia 20 stycznia 2015r. tak zmodyfikował siwz, że ograniczył wejście do postępowania tylko nielicznym wykonawcom:
1) W Cz. II ust. 1 pkt. 1.1 (dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania) otrzymuje brzmienie:
1.1. W celu spełniania wymagań w zakresie ochrony informacji niejawnych (wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5.08.2010r) Wykonawca musi legitymować się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia o zdolności do ochrony informacji niejawnych do klauzuli POUFNE" UWAGA! W przypadku ubiegania się o realizacje zadania przez podmioty, o których mowa w
art.23 ust. 1 ustawy (np. konsorcjum), zamawiający wymaga, aby świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego legitymował się każdy z uczestników takiego konsorcjum.
1.3.2 potencjał kadrowy
1) W zakresie niezbędnym do wykazania spełniania ww. warunku Wykonawca wykaże się osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować zespołem składającym się co najmniej z następujących osób:
a) jedna osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy, posiadająca:
- wykształcenie wyższe zawodowe,
- minimum 10-letnie doświadczenie zawodowe, w tym minimum 5 letnie doświadczenie w nadzorowaniu wykonawstwa na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych w ramach co najmniej jednej zakończonej inwestycji

(posiadającej decyzję o pozwoleniu na użytkowanie) o wartości robót budowlanych brutto minimum 20 000 000 zł,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im, ważne na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (przed 01.01.1995r) uprawnienia budowlane,
- wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę,
- poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum POUFNE i zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228)
b) jedna osoba proponowana na stanowisko kierownika robót elektrycznych, posiadająca:
- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im, ważne na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (przed 01.01.1995r) uprawnienia budowlane,
- wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę,
- poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum POUFNE i zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010r. Nr 182, poz. 1228)
c) jedna osoba proponowana na stanowisko kierownika robót sanitarnych, posiadająca:
- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im, ważne na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (przed 01.01.1995r) uprawnienia budowlane,
- wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę.

- poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum POUFNE i zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228)
2) Ponadto w celu spełniania wymagań w zakresie ochrony informacji niejawnych (wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5.08.2010r)
- wszyscy geodeci

- osoby które będą wykonywały dokumentacje niejawną muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie o dostępu do informacji niejawnych o klauzuli ZASTRZEŻONE wraz z zaświadczeniem o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.2010r. Nr 182, poz. 1228)
Na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących zdolności do ochrony informacji niejawnych wykonawca do oferty załączy:
1) Oświadczenie o posiadaniu dokumentów dotyczących ochrony informacji niejawnych w swojej firmie (zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt.5 i art. 43 ust.3-5 ustawy o ochronie informacji niejawnych)
2) Kserokopię świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia do klauzuli POUFNE
3) kserokopię dokumentu potwierdzającego dysponowanie akredytowanym systemem teleinformatycznym do przetwarzania informacji o klauzuli Zastrzeżone
4) wykaz osób, którzy będą realizować przedmiotowe zamówienie w zakresie dotyczącym dostępu do informacji niejawnych wraz z podaniem:
- numeru, klauzul tajności i dat wystawienia poświadczeń bezpieczeństwa,
- daty wystawienia i organu wystawiającego upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych
- numeru, daty i organu wystawiającego zaświadczenie o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych
7) W Cz. I ust.3 pkt. 3.3. dodaje się ppkt. c) w brzmieniu: W przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom muszą oni spełniać warunki dostępu do informacji niejawnych, do jakich będą mieli dostęp stosownie do wymagań wskazanych w SIWZ
8) W Cz. IX ust.5 dodaje się pkt. 5.6. w brzmieniu: 5.6. oryginał świadectwa przemysłowego (do wglądu)
Zdaniem odwołującego, jak z powyższego wynika zamawiający zbędnie podniósł poziom klauzuli ochrony informacji z „zastrzeżone" na „poufne". Wymóg dany jest tym bardziej bezzasadny, ponieważ zamawiający ogłaszając postępowanie na usługę opracowania dokumentacji projektowej: Bydgoszcz: Opracowanie programu inwestycji i dokumentacji projektowej na przebudowę sieci elektroenergetycznej, kanalizacyjnej, wodociągowej i c.o. wraz z opracowaniem studialnego zagospodarowania kompleksu lotniskowego dla JW 1641 w Inowrocławiu numer ogłoszenia: 325742 - 2011; data zamieszczenia: 07.10.2011 OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU - usługi dla danego zadania ustanowił warunki posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; zamawiający odstąpił od opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Warunek miał być

---

oceniony na podstawie złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia potencjał techniczny Wykonawca musiał posiadać certyfikowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji niejawnych w systemach komputerowych o klauzuli „ZASTRZEŻONE", - warunek oceniony zostanie na podstawie złożonego oświadczenia i dokumentów
potencjał kadrowy 1) Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca musiał dysponować osobami z uprawnieniami budowlanymi do projektowania należącymi do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa; 2) Wszystkie osoby biorące udział w realizacji zadania winny były posiadać poświadczenia bezpieczeństwa lub upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE”, - warunek miał być oceniony na podstawie złożonego oświadczenia.

Skoro zatem dokumentacja źródłowa danego postępowania w większości jest jawna (projekt budowlany, projekty branżowe, przedmiary robót, STWiORB, rysunki, projekty wykonawcze, mapy i plany zagospodarowania terenu), a tylko niektóre jej elementy są opatrzone klauzulą,, zastrzeżone", to nakładanie na to postępowanie klauzuli „poufne" jest zbędne i nieuzasadnione prawnie. Ponadto zamawiający w danym postępowaniu nałożył obowiązek posiadania stosownych uprawnień do klauzuli „zastrzeżone", „poufne" na wszystkich członków konsorcjum i wszystkich podwykonawców danego zadania co jest niezgodne przepisami ustawy w zakresie kreowania warunków wejścia do postępowania bez naruszania zasady uczciwej konkurencji.
Na poparcie swego stanowiska powoła liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej tj. wyrok KIO z dnia 31 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2285/12, wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r. sygn. akt: KIO 2744/12, wyrok z dnia 18 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1116/10, wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r. sygn. akt: KIO 655/12, wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 2876/12, wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 33/12, wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11.

W dniu 29 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 stycznia 2015r. pisemnie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, ul. Płocka 164 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamierzał wnieść samodzielne odwołanie w analogicznym zakresie, gdyż obecny opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres żądanych dokumentów

---

uniemożliwia zgłaszającemu złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 30 stycznia 2015r.

W dniu 30 stycznia 2015r. faksem do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Elektrobud Grudziądz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu, ul. Gierymskiego 27 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść odwołującego, gdyż zamierza złożyć ofertę w spornym postępowaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 30 stycznia 2015r. Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło do Izby w dniu 2 lutego 2015r.

W dniu 30 stycznia 2015r. pisemnie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie 76 wskazując, że ma interes w odrzuceniu ewentualnie oddaleniu odwołania, gdyż taki wynik korzystny dla zamawiającego spowoduje utrzymanie dotychczasowego stanu prawnego postępowania, który daje zgłaszającemu szansę na ubieganie się o zamówienie i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika, zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 29 stycznia 2015r. podpisanym przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i do upoważnionego samodzielnego reprezentowania komplementariusza reprezentującego spółkę, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Do nie załączono przekazania kopii zgłoszenia zgłoszenia dowodów zamawiającemu i odwołującemu, ale zamawiajacy i odwołujący potwierdzili fakt otrzymania kopii.

W dniu 30 stycznia 2015r. pisemnie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ZRUG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 45 wnosząc o oddalenie odwołania,. Wskazał, ze ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i spełnia wymagania siwz w aktualnym brzmieniu,

zatem jego oferta przy wyniku postępowania odwoławczego korzystnym dla zamawiającego ma szansę być uznana za najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 30 stycznia 2015r. udzielonym przez

prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Do zgłoszenia nie załączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu, ale zamawiajacy i odwołujący potwierdzili fakt otrzymania kopii.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Pierwotne brzmienie sekcji III.2.3 ogłoszenia o zmówieniu w zakresie potencjału technicznego i kadrowego oraz części II pkt. 1.3.1, 1.3.2 i 2 oraz części III pkt. 1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz brzmienie nadane tym postanowieniom w wyniku modyfikacji treści siwz z dnia 20 stycznia 2015r. jest zgodne z treściami przytoczonymi przez odwołującego w odwołaniu i nie jest sporne pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania, zaś przedmiotem sporu jest dopuszczalność prawna dokonania takiej modyfikacji siwz w świetle przepisów ustawy.
Strony powoływały się także na postanowienia wzoru umowy w brzmieniu ustalonym przez zamawiającego w dniu 17 grudnia 2014r., z których dla rozstrzygnięcia niniejszego postepowania znaczenie ma § 30, zgodnie, z którym wykonawca i podwykonawcy zobowiązani są do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem przedmiotu zamówienia oraz w ust. 2 szczegółowe warunki dotyczące ochrony informacji niejawnych zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załącznikiem do umowy „Wymogi dotyczące ochrony informacji niejawnych w zadaniach o klauzuli ZASTRZEŻONE."
Z dowodów przedłożonych przez zamawiającego na rozprawie wynika, że
W piśmie z dnia 24 kwietnia 2014r. Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych informuje m. in. Zamawiającego o wynikach kontroli w zakresie ochrony technicznej i fizycznej obiektów wojskowych i poleca podjąć działania m. in. w zakresie doskonalenia systemu ochrony jednostek wojskowych, w tym wdrożenia progrmu pilotażowego, analizy obecnych struktur etatowych, zwiększyć liczby OWC, nawiązać ścisłą współpracę z Żandarmerią Wojskową, wyegzekwować od SUFO właściwe wyposażenie i wyszkolenie pracowników ochrony,
Z pisma z dnia 5 czerca 2014r. Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych informuje m. in. Zamawiającego o nieuprawnionym wejściu na teren chronionego obiektu wojskowego przedstawiciela firmy realizującej usługi dla wojska, który nie posiadał obywatelstwa polskiego i w tym zakresie wydano kolejne zalecenia dotyczące prowadzenia szkoleń,

właściwej realizacji dostępu interesantów oraz firm realizujących zadania na rzecz jednostek wojskowych, dokonać analizy wydania przepustek stałych i okresowych, wmóc nadzów nad przebywaniem obcokrajowców na terenach wojskowych, przebywanie interesantów na terenach wojskowych w obecności dyżurnych lub innych osób,
Z pisma z dnia 16 czerwca 2014r. Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych do m. in. Zamawiającego wynika, że było kilka prób penetracji jednostek wojskowych przez obywateli polskich i cudzoziecow w okresie fo 8 maja do 8 czerwca 2014r., w wyniku których wydano nakazy w zakresie funkcjonowania sił zbrojnych, w tym służb dyżurnych, w zakresie systemu przepustkowego, w zakresie nadzoru nad technicznymi systemami ochrony. Kolejne pisma z dnia 1 lipca 2014r. i 29 lipca 2014r. dotyczy analogicznych zdarzeń i zaleceń. Pismo z dnia 28 października 2014r. Dowództwa Generalnego Rodzjaów Sił Zbrojnych informuje o anonimie dotyczącym podłożenia bomby, zasobnika z gazem bojowym i zarażeniu korespondencji wirsem ebola, w wyniku działania służb nie stwierdzono żadnego zagrożenia, ale zalecono postępować zgodnie z procedurrami, nie lekceważyć informacji i składać meldunki o negatywnych zdarzeniach w toku pełnienia służby.

Pisma z dnia 16 stycznia 2015r. i z dnia 26 stycznia 2015r. pochodzące od Szefa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacjom niejawnym przekazał Dowódcom/Szefom/Dyrektorom swoje spostrzeżenia dotyczące codziennej działalności służbowej w tym zakresie w zakresie informacji niejawnych i postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, iż zdarzały się przypadki określaną klauzulą tajności dokumentów w oderwaniu od rzeczywistych potrzeb i wymogów ustawy, jak również, że z informacji przekazywanych przez SKW i ABW wynika, że trzeba być bardzo ostrożnym w przekazywaniu danych jawnych (wrażliwych) przedstawicielom wykonawców zadań w ważnych garnizonach m. in w Inowrocławiu i Bydgoszczy, że agregacja wielu danych jawnych może stać się informacją niejawną zwłaszcza w kompleksach, gdzie realizuje się kilka długoterminowych inwestycji jednocześnie. ,

że coraz częściej przetargi na zadania inwestycyjne, remontowe i usługi wygrywają firmy z kapitałem zagranicznym (cyprujskim, ukraińskim, białoruskim, rosyjskim i innym), w zadaniach z dostępem do informacji wrażliwych lub niejawnych (głównie o klauzuli zastrzeżone, problematyka ta może mieć znaczenie nawet dla bezpieczeństwa państwa. Chodzi tu o agregację informacji wrażliwych lub niejawnych zastrzeżonych. Agregacja ta może skutkować nawet dostępem do informacji o klauzuli poufne, ustawodawca nie określił żadnych warunków jakie winna spełniać osoba, którą kierownik jednostki może uprawnić do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone. W zasadzie każdy może mieć dostęp do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone. W sytuacji tej zbędny jest wymóg legitymowania się przez te osoby zaświadczeniem o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych. Inwestor nie ma podstaw podczas procedury przetargowej do

---

kwestionowania przedstawionych mu w ofercie upoważnień i zaświadczeń, a zatem odwołujący wskazuje, iż z własnego dokumentu zamawiającego wynika, że nie istniały podstawy dla podwyższenia w zakresie klauzuli.
Z wydruku z googlemaps wynika, że możliwe jest obejrzenie naziemnej części kompleksu w Latkowie.
Izba oceniła, że dowody przedłożone przez zamawiającego tj. pisma z roku 2014r. nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż żadne z tych pism nie dotyczy sposobu postępowania z informacją niejawną, ani nie wskazują na nakazy zmiany dotychczasowych klauzul niejawności z uwagi na występujące zdarzenia związane z nienależytym wykonywaniem zleceń przez wykonawców SUFO czy penetracją jednostek wojskowych.
Natomiast pisma ze stycznia 2015r. pochodzą od samego zamawiającego i stanowią wyłącznie potwierdzenie stanowiska zamawiającego prezentowanego na rozprawie oraz mają charakter ogólny i nie odnoszą się do zmiany klauzuli niejawności w przedmiotowej sprawie.
Izba ustaliła, że pomiędzy stronami bezsporne jest, że dla wykonania zamawianych robót budowlanych na obiektach wojskowych dla których wykonania będą wykorzystywana dokumentacja projektowa, w której niektóre dokumenty objęto klauzulą zastrzeżone.
Zamawiający oświadczył także na rozprawie, że prowadzi szereg postępowań dotyczących JW 1641, dla których relizacji konieczne będzie wykorzystanie informacji o klauzuli zastrzeżone, okoliczności tej odwołujący i przystępujący po jego stronie nie przeczyli, ale stali na stanowisku, że ten fakt nie może mieć wpływu na zmianę klauzuli z zastrzeżone na poufne.

Izba zważyła, co następuje:

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Elektrobud Grudziądz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu, ul. Gierymskiego 27 do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego z uwagi na bezskuteczność przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
W przedmiotowej sprawie Elektrobud Grudziądz sp. z o.o. z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystał. Bezsporne jest również to, że

zamawiający w dniu 29 stycznia 2015r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i

13

wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 1 lutego 2015r. W tym dniu odwołujący przekazał treść przystąpienia do Izby faksem. Takiemu dokumentowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej, ani innej formy zrównanej w swej mocy z formą pisemną. Zgodnie bowiem z art. 73 par. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną.
W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 1 lutego 2015r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Izba stwierdziła, że pozostałe zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba nie stwierdziła zainstnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący wykazał przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy.

14

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 1), pkt. 3), art. 22 ust 4, art. 25 ust. 1, ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) względem czynności zamawiającego nakazanych przepisami ustawy

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia art. 7 ustawy, a w szczególności art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych tj. wojskową jednostką budżetową, zatem jest zobowiązany do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy. Jak wynika z ustaleń Izby zamawiający prowadzi w trybi przetargu nieograniczonego postępowanie o zamówienie publiczne na roboty budowlane, które będą wykonywane z wykorzystaniem dokumentacji projektowej zawierającej informacje niejawne o nadanej im przez zamawiającego klauzuli zastrzeżone. Nadto wartość szacunkowa przedmiotu tego postępowania, zgodnie z informacją zawartą w siwz przekracza progi określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z art. 5 ust. 3 pkt. 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to m. in., że: utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej.

Zaś zgodnie z ust. 4 tegoż przepisu informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „zastrzeżone", jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej.
Zatem informacje są niejawne jeśli nadano im klauzulę „poufne" oraz „zastrzeżone", a także „tajne" i „ściśle tajne", co jednak dla badania prawidłowości stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma istotnego znaczenia z uwagi na wyłączenie stosowania ustawy do zamówień, którym nadano klauzulę „tajne" lub „ściśle tajne" zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego. Zatem na gruncie ustawy znaczenie dla postępowań o zamówienie publizne mają wyłącznie informacje niejawne, którym nadano klauzule „poufne" lub „zastrzeżone".
Zgodnie art. 2 pkt 5a ustawy przez newralgiczne roboty budowlane – należy rozumieć roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Izba zauważyła, że w niniejszym

postępowaniu przedmiotem są roboty budowlane, których wykonanie będzie odbywać się z wykorzystaniem informacji niejawnej (sporne pomiędzy stronami jest to czy informacja ma klauzulę zastrzeżone, czy poufne, co jednak nie ma znaczenia dla zbadania czy roboty budowlane są newralgicznymi robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy). W ocenie Izby również przesłanka celu wykonywania robót budowlanych tj. bezpieczeństwa została wypełniona, gdyż dotyczy robót na obiektach jednostki wojskowej, której celem zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom. Z faktu, iż zamawiający jest zamawiający w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz zamówienie jest newralgiczną robotą budowlaną należy wywieść, że procedura jaką w tym przypadku powinien zastosować zamawiający została uregulowana w rozdziale 4a ustawy, zgodnie z którym w art. 131a ust. 1 pkt 4 przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, zwanych dalej „zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa", jeżeli przedmiotem zamówienia są także newarlgiczne roboty budowlane.
Z konstatacji tego faktu należy w dalszej kolejności wywieść, że zamawiający wszczął i prowadzi przedmiotowe postępowanie w niewłaściwym trybie, to jest niezgodnie z art. 131h ust. 1 ustawy, zgodnie z którymi zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa prowadzi się w trybie przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem, a dopuszczalne są pod pewnymi warunkami także tryby negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej. W przedmiotowej sprawie zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 131h ust. 1 w związku z art. 131a, art. 3 ust. 1 pkt 1 i art. 2 pkt 5a ustawy. W ocenie Izby to prowadzi do naruszenia zasady postępowania tj. udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W ocenie Izby za przyjęciem, że do robót budowalnych, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają konieczne jest zastosowanie procedur opisanych w rozdziale 4a ustawy przemawia także odrębny katalog przesłanek wykluczenia określonych w art. 131
e ust. 1 ustawy, który w pkt 3 - 5 i ust. 2 pozwala na eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie dają rękojmi zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Rozdział 4a reguluje także sposób postępowania z dokumentami postępowania już na etapie ubiegania się przez wykonawcę o zamówienie. Nadto jedynie z art. 131 g ust. 1 ustawy wynikają uprawnienia zamawiającego związane z wyborem wykonawcy dającego rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych, albowiem w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinach

obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia może określić

w szczególności:
1) zobowiązanie wykonawcy i podwykonawcy do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi zapozna się w trakcie realizacji zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych;
2) zobowiązanie wykonawcy do uzyskania zobowiązania podwykonawcy, któremu zleci podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia, do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi zapozna się w postępowaniu o udzielenie zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych;
3) zobowiązanie wykonawcy do bezzwłocznego dostarczenia informacji dotyczących nowych podwykonawców, w tym podania ich nazwy (firmy) i siedziby oraz danych, które umożliwiają zamawiającemu stwierdzenie, że każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych, do których mają dostęp lub które zostaną wytworzone w związku z wykonywaniem umowy o podwykonawstwo;
4) prawo zweryfikowania lub odsunięcia pracowników wykonawcy, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia, zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również na etapie realizacji umowy, jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa albo jest to konieczne w celu podniesienia bezpieczeństwa realizowanych zamówień.
Z tym prawem zamawiającego koreluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231), które w § 1 rozporządzenia skierowanym do wszystkich zamawiających nie daje zamawiającym uprawnień do żądania dokumentów weryfikujących rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Takie prawo ustawodawca przyznał wyłącznie zamawiającym działającym w oparciu o art. 131 a ustawy, zgodnie z § 2 ust. 1 cyt. Rozporządzenia w przypadku zamówień, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy, stosuje się przepis § 1, z tym że: w pkt. 2) zamawiający może żądać także w literze e) 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 informacjii ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, a w ust. 2 ustawodawca wskazuje, że dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych muszą spełniać wymagania wynikające z odpowiednich przepisów dotyczących

ochrony informacji niejawnych. Zamawiający uznaje dokumenty uprawniające do dostępu do informacji niejawnych wydane przez inne państwa, jeżeli są odpowiednie do poświadczeń bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydanych zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony informacji niejawnych. Zamawiający może zwrócić się do właściwych organów o przedstawienie potwierdzenia odpowiedniości poświadczenia bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydanego w innym państwie. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Z brzmienia § 2 cytowanego rozporządzenia wynika zatem jednoznacznie, że w katalogu dokumentów określonych w §1 rozporządzenia nie mieszczą się dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do ochrony tych informacjii ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy. Stanowi o tym wprost użyte sformułowanie „w przypadku zamówień, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy, stosuje się przepis § 1, z tym że: w pkt. 2) zamawiający może żądać także” (a zatem ponad to, co wynika z § 1), co oznacza, że nie można doszukiwać się w §1 ust. 1 pkt 1 i 8 rozporządzenia interpretacji, że pod pojęciem uprawnień opisanych w tych przepisach kryją się uprawnienia związane z dostępem do informacji niejawnej. W ocenie Izby zatem nielogiczne byłoby przyjęcie, że można prowadzić postępowanie na roboty budowlane, usługi czy dostawy, których realizacja wiąże się z dostępem do informacji niejawnej bez możliwości zapewnienia sobie przez zamawiającego rzeczywistej ochrony tej informacji, a taka rzeczywista ochrona możliwa jest jedynie przy stosowaniu procedury z rozdziału 4a. W ocenie Izby brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, że postępowanie wszczęte w trybie niezgodnym z ustawą może być

konwalidowane w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu, czy modyfikacji treści siwz w rozumieniu art. 38 ustawy. W ocenie Izby prowadzenie postępowania w trybie niewłaściwym prowadzi do braku możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co narusza art. 7 ust. 3 ustawy. W konsekwencji jedyną możliwą
czynnością naprawczą w rozumieniu ustawy jest zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. unieważnienie przedmiotowego postępowania przez zamawiającego i jego ponowne wszczęcie we właściwym trybie postępowania. Zarzuty i żądania odwołującego oparte o przepis art. 22 ust. 1 pkt. 1), pkt. 3), art. 22 ust 4, art. 25 ust. 1, ust. 2 ustawy przez nakazie przywrócenia pierwotnego brzmienia postanowień siwz nie dawałyby możliwości uzdrowienia postępowania, albowiem zamawiającemu, jeśli przedmiotem postępowania jest zwykła, a nie newralgiczna robota budowlana nie wolno żądać dokumentów określonych w § 2 ust. 1 pkt 2 lit. e ustawy tj. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, natomiast jeśli jest to newralgiczna robota budowlana, a w ocenie Izby tak właśnie jest, to

---

postępowanie uchybia treści art. 131 h ust. 1 ustawy, a w konsekwencji prowadzi do nieusuwalnej wady postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: ……