

**WYROK**

Warszawa, dnia 17 lutego 2026 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2025 r. przez wykonawcę Finetech Construction sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Wojsk Lądowych im. generała T.K. we Wrocławiu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Finetech Construction sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 5823/25

**Uzasadnienie**

Zamawiający Akademia Wojsk Lądowych im. generała T.K. we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej oraz realizacja robót budowlanych w formule "zaprojektuj i wybuduj" zadania nr 91836 pn. "Budowa budynku szkolno-administracyjnego wraz z zagospodarowaniem terenu" (nr ref. WNP/1075/PN/2025). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 października 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 201/2025 pod numerem 689818-2025. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 grudnia 2025 r. wykonawca Finetech Construction sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia dokonanej przez Zamawiającego 15 grudnia 2025 r. w zakresie określonych warunków udziału w postępowaniu dotyczących uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz art. 117 ust 1 - 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny, nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 2) lit. b) SWZ poprzez wykreślenie wymagania, że świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego „będą posiadać wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, podwykonawca (podmiot na którego zasoby powołuje się Zamawiający” i zastąpienie go wymaganiem, że świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego „będzie posiadać ten z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie / podwykonawca / podmiot udostępniający zasoby, który wykonywać będzie prace w zakresie realizacji systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz telewizyjnego systemu nadzoru.”

Wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 30 stycznia 2026 r. przedstawił pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający 3 lutego 2026 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do modyfikacji warunku udziału w postępowaniu ograniczającego jego zdaniem konkurencję, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu i dokumenty zamówienia, a także dokonane przez Zamawiającego modyfikacje ich treści.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz realizacja robót budowlanych w formule "zaprojektuj i wybuduj" zadania nr 91836 pn. "Budowa budynku szkolno-administracyjnego wraz z zagospodarowaniem terenu". Przedmiot zamówienia szczegółowo opisany jest w: załączniku nr 1 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami, załączniku nr 2 do SWZ – Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami, załączniku nr 3 do SWZ Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego, załączniku nr 4 do SWZ proponowanymi postanowieniami umowy.

Zamawiający pierwotnie nie ustanowił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Natomiast w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca dysponował kadrą techniczną posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych i poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego (pkt 7.2.d.2 SWZ). W pkt 7.2.d.3 SWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania, że dysponuje kadrą techniczną (projektant i sprawdzający) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w specjalności: a) architektonicznej, b) konstrukcyjno-budowlanej, c) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, d) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i niskoprądowych, e) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, f) w tym posiadający poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z IBP.

Ponadto w załączniku nr 3 do SWZ – Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego (dalej „IBP”) wskazano m.in., że przedmiotem podlegającym ochronie przez Wykonawcę są wszelkie informacje niejawne, z którymi może zapoznać się Wykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy, bez względu na ich formę, treść oraz klauzulę tajności. Zgodnie z punktem 1.4 IBP Wykonawca realizujący umowę w Akademii Wojsk Lądowych imienia generała T.K., która wiązać się będzie z dostępem do informacji niejawnych, zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. 2024, poz. 632, 1222) zobowiązany jest do potwierdzenia zdolności do ochrony informacji niejawnych tj.: przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli minimum POUFNE. Zgodnie z punktem 2.3 IBP Wykonawca musi posiadać przez cały czas obowiązywania umowy – świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli minimum POUFNE. W pkt 2.4 IBP wskazano, że Wykonawca może powierzyć wykonanie ustalonych w umowie części zamówienia podwykonawcom z zastrzeżeniem spełniania przez podwykonawców tych samych wymagań w stosunku do ochrony informacji niejawnych, które obowiązują wykonawcę. Zgodnie z pkt 4.2 IBP dostęp do informacji i materiałów niejawnych w zakresie niezbędnym do realizacji umowy mogą mieć wyłącznie osoby wyznaczone przez Wykonawcę umowy i określone w „Wykazie pracowników realizujących przedmiot umowy”, dostarczonym Zamawiającemu przed rozpoczęciem realizacji umowy, posiadające poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą, co najmniej POUFNE i odpowiednie przeszkolenie. W punkcie 5.1 IBP wskazano klauzule tajności dokumentów, które zostaną wytworzone przez Wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy oraz dokumentów udostępnianych przez Zamawiającego: Dokumenty wytworzone: 1) Dokumentacja projektowa, projektowo-kosztorysowa systemu kontroli dostępu (SKD), telewizyjnego systemu nadzoru (TSN), systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN) dla budynku szkolno-administracyjnego – POUFNE. 2) Dokumentacja powykonawcza systemu kontroli dostępu (SKD), telewizyjnego systemu nadzoru (TSN), systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN) dla budynku szkolno-administracyjnego – POUFNE. W punkcie 5.2 zawarto zaś katalog dokumentacji ze wskazaniem klauzul tajności

(dokumentacje projektowe, techniczne, powykonawcze), które zostaną udostępnione wykonawcy w związku z realizacją zamówienia (23 pozycje).

W ramach wyjaśnień treści dokumentów zamówienia Zamawiający wskazał m.in.:

- pytanie nr 5 „Prosimy Zamawiającego o wykreślenie z warunków udziału w tym postępowaniu warunku posiadania przez kierowników i projektantów poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego. Naszym zdaniem budowa budynku szkolnego i administracyjnego nie wymaga aż takich obostrzeń w kwalifikacjach kadry kierowniczej. Bardzo prosimy o wykreślenie tego warunku, co umożliwi naszej firmie złożenie oferty.” Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający zmienia istniejący zapis w SWZ w pkt 7 d2 akapit 3, któremu nadaje brzmienie: „- posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Wymagane minimalne 5-letnie doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych od dnia uzyskania uprawnień budowlanych w tym posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa zgodnie z Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego.” Zwrot „poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego” jest oczywistą omyłką pisarską w tym przypadku.
- pytanie nr 8 „Czy zapis z SWZ pkt 7 ppkt 2) d.3 f) dotyczy pkt 7 ppkt 2) d.3 e)?” Odpowiedź Zamawiającego: Tak, dotyczy pkt 7 ppkt2) d.3e);
- pytanie nr 10 „Prosimy o potwierdzenie, że obowiązek posiadania poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z instrukcją bezpieczeństwa przemysłowego dotyczy tylko i wyłącznie kadry technicznej Wykonawcy wymaganej w rozdziale 7 ust 1) pkt d.2 SWZ, nie zaś samego Wykonawcy. Odpowiedź Zamawiającego: Wymaganie posiadania poświadczenia i zaświadczenia o przeszkoleniu z zasad ochrony informacji niejawnych dotyczy wszystkich osób Wykonawcy, które będą miały dostęp do informacji niejawnych, a które Wykonawca wykaże w "Wykazie osób realizujących przedmiot umowy" zgodnie z IBP. Poświadczenia bezpieczeństwa Zamawiający wymaga od każdej osoby, która będzie musiała zapoznać się z informacjami niejawnymi w trakcie realizacji umowy. Osoby te Wykonawca jest zobowiązany wskazać przed rozpoczęciem realizacji umowy oraz na bieżąco aktualizować ich listę w trakcie trwania umowy, zobowiązany jest również dostarczyć kopie dokumentów potwierdzających uprawnienia do dostępu do informacji niejawnych. Mając na myśli "kadrę techniczną" należy rozumieć zarówno projektantów, osób sprawdzających projekt, kierownika robót budowlanych i instalatorów jak i sprawujących nadzór nad pracami związanymi z częścią niejawną zadania (systemy SKD, TSN i SSWiN). Natomiast sam Wykonawca zobowiązany jest posiadać przez cały czas trwania umowy oraz w czasie trwania rękojmi (gwarancji) świadectwa przemysłowego pierwszego stopnia uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli minimum POUFNE.
- pytanie nr 11 „Prosimy o doprecyzowanie obowiązku posiadania poświadczeń bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z instrukcją bezpieczeństwa przemysłowego przez personel Wykonawcy poprzez potwierdzenie, że takie poświadczenie powinna posiadać tylko poniżej wskazane osoby: osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Wymagane minimalne 5 – letnie doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych od dnia uzyskania uprawnień budowlanych w tym posiadanie poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego oraz • osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.” Odpowiedź Zamawiającego: Wymaganie posiadania poświadczenia i zaświadczenia o przeszkoleniu z zasad ochrony informacji niejawnych dotyczy wszystkich osób Wykonawcy, które będą miały dostęp do informacji niejawnych, a które Wykonawca wykaże w "Wykazie osób realizujących przedmiot umowy" zgodnie z IBP.

Zamawiający 15 grudnia 2025 r. zmodyfikował ogłoszenie o zamówieniu i dokumenty zamówienia, wprowadzając m.in. w punkcie 7.2.b) SWZ warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wskazując, że warunek ten spełniają Wykonawcy, którzy posiadają zdolności do ochrony informacji niejawnych w zakresie realizacji systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz telewizyjnego systemu nadzoru – ocena na podstawie Świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, co najmniej I stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli Poufne lub wyższej. UWAGA: W przypadku gdy Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, lub Wykonawca ubiega się o zamówienia powołując się na zasoby podmiotu trzeciego lub zamierza realizować zamówienie z udziałem podwykonawcy, Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, o którym mowa powyżej będą posiadać wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, podwykonawca (podmiot na którego zasoby powołuje się

Zamawiający. Ponadto zmodyfikowano punkt 7.2.d).3 SWZ wskazując, że wykonawca ma dysponować kadrą techniczną (projektant i sprawdzający w każdej specjalności) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w specjalności: a) architektonicznej, b) konstrukcyjno-budowlanej, c) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, d) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i niskoprądowych, e) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Kadra, o której mowa, o której mowa pkt. d.2 ppkt. d) oraz pkt. d.3 ppkt. a) i e) musi posiadać poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli POUFNE.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz art. 117 ust 1 - 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny, nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 117 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Ust 2 wskazuje, że warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. W ust. 3 wskazano, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W ramach uwag wstępnych należy zauważyć, że w rozpoznawanej sprawie nie było przedmiotem zarzutów to, czy warunek udziału w postępowaniu związany ze zdolnością wykonawcy do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania należy kwalifikować jako warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej (jak wskazano w SWZ) czy też jako warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Jedynie więc na marginesie Izba wskazuje, że przepisy 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.) kwalifikują zasadniczo tego rodzaju zdolność jako zdolność techniczną lub zawodową (art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), przewidując możliwość żądania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego jako podmiotowego środka dowodowego w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (por. § 11 ust. 1 pkt 2) lit. c) ww. rozporządzenia). Nie była ponadto przedmiotem zarzutów w sprawie okoliczność, czy Zamawiający może wymagać od wykonawcy złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Dalej należy wskazać, że sam warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania przez wykonawcę zdolności do ochrony informacji niejawnych (oceniany na podstawie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej I stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej) zasadniczo nie był przez Odwołującego podważany. Odwołujący nie kwestionował także określonego w treści warunku stopnia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego (do stopnia świadectwa Odwołujący odniósł się dopiero w dalszym piśmie, co jednak należy uznać za działanie spóźnione). Zakresem zaskarżenia objęto wyłącznie szczególny sposób spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.b) SWZ przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. obowiązek, aby w przypadku konsorcjum określoną zdolność do ochrony informacji niejawnych posiadali wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Zdaniem Odwołującego takie wymagania jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne, a obowiązek posiadania

ww. zdolności powinien dotyczyć tylko tego podmiotu, który realizował będzie zakres zamówienia związany z dostępem do informacji niejawnych (tj. dotyczący systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz telewizyjnego systemu nadzoru).

Dokonując oceny zarzutów wyłącznie przez pryzmat okoliczności faktycznych przedstawionych w odwołaniu (zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, wobec czego Izba dokonuje kontroli legalności działań lub zaniechań Zamawiającego wyłącznie w granicach określonych podstawami faktycznymi zarzutów odwołania, uwzględniając *stricte* kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego), Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z Odwołującym, aby wymaganie posiadania przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zdolności do ochrony informacji niejawnych było warunkiem udziału nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i nieuzasadnionym potrzebami Zamawiającego. Z Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ wprost wynika, że wykonawca (przez wykonawcę należy odpowiednio rozumieć też wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) musi posiadać przez cały czas obowiązywania umowy świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli minimum poufne. Taki sam obowiązek w świetle IBP dotyczy wszelkich podwykonawców, którym powierzona zostanie realizacja części zamówienia. Obowiązek ten w świetle dokumentów zamówienia jest bezwzględny i nie był na żadnym etapie przez wykonawców kwestionowany. Trudno w takiej sytuacji uznać warunek udziału w postępowaniu sprowadzający się do konieczności posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, skoro przedmiot zamówienia taki obowiązek na wykonawców wprost nakłada i nikt tego nie kwestionował. W świetle IBP każdy z wykonawców czy podwykonawców musi legitymować się wymaganym świadectwem, a decyzja Zamawiającego, aby już na etapie składania ofert zweryfikować posiadaną w tym zakresie przez wykonawców zdolność niewątpliwie znajduje uzasadnienie, Zamawiający musi bowiem zadbać o to, aby w sposób należyty chronić informacje niejawne. Ponadto nie było w sprawie sporne, że w ramach realizacji zamówienia po pierwsze wykonawca będzie musiał zapoznać się z dokumentacją zawierającą informacje niejawne, a po drugie, że w ramach realizacji zamówienia dojdzie do wytworzenia dokumentacji (projektowej i powykonawczej) zawierającej informacje niejawne o klauzuli poufne. W oparciu m.in. o tę dokumentację realizowane będą roboty budowlane objęte zamówieniem. W konsekwencji wykonawca będzie miał styczność z informacjami niejawnymi zarówno na etapie projektowym, jak i na etapie wykonawczym i powykonawczym. W tej sytuacji, w ocenie Izby, w świetle opisu przedmiotu zamówienia uzasadnione jest wymaganie, aby każdy wykonawca posiadał zdolność do ochrony tych informacji, ponieważ stanowią one będą istotny element dokumentacji związanej z realizacją zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych argumentów jednoznacznie i konkretnie odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które przekonałyby Izbę o tym, że odpowiednie prace projektowe i budowlane, z którymi związane będzie przetwarzanie informacji niejawnych, można tak precyzyjnie wydzielić, aby zagwarantować pełną, należyłą ochronę tych informacji w sytuacji posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych tylko przez tego członka konsorcjum, który realizowałby określony zakres prac. Odwołujący poprzestał na głoślośnych zapewnieniach, że jest to możliwe i mógłby zrealizować zamówienie w konsorcjum z podmiotem posiadającym świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, sam go nie posiadając, nie przedstawił jednak żadnych wymiernych założeń, mimo że – jak wskazał – „dokładny zakres prac projektowych oraz robót budowlanych, których wykonanie związane będzie z dostępem do informacji niejawnych został opisany w IBP.” Argumentacja zawarta w odwołaniu miała charakter teoretyczny, nie odnosiła się w sposób konkretny do realiów przedmiotowego zamówienia, co w ocenie Izby nie jest wystarczające do wykazania zasadności zarzutu. Samo wskazanie, że w innym postępowaniu Zamawiający inaczej ukształtował warunki udziału w postępowaniu, nie przesądza o tym, że jego obecna decyzja nie znajduje uzasadnienia. Podobnie irrelevantny pozostaje tu sposób formułowania dokumentów zamówienia przez innych zamawiających w innych postępowaniach.

Nie przekonują ponadto Izby twierdzenia Odwołującego, że „Zamawiający zmienił w toku postępowania warunki udziału w postępowaniu” wobec czego postępowanie nie było prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może w uzasadnionych przypadkach zmienić treść SWZ przed upływem terminu składania ofert. Sytuacje, w których zamawiający dokonują modyfikacji warunków udziału w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert, na przykład w związku z pytaniami wykonawców, są powszechne. W przypadku gdy zmiany te są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert. Nie ma natomiast zakazu dokonywania tego rodzaju modyfikacji. Zamawiający mógł dojść do przekonania, że pierwotny sposób ukształtowania warunków udziału w postępowaniu nie zabezpieczał dostatecznie wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytej

realizacji zamówienia i zmienić treść dokumentów zamówienia przed otwarciem ofert, jeśli uznał to za konieczne dla zapewnienia właściwej ochrony informacji niejawnych.

Jedynie uzupełniając należy wskazać, że zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Izba nie mogła zatem pominąć okoliczności, że Zamawiający dokonał już otwarcia ofert w postępowaniu. W konsekwencji żądanie Odwołującego, aby nakazać Zamawiającemu dokonanie zmiany treści warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 2) lit. b) SWZ zdezaktualizowało się, gdyż po otwarciu ofert nie jest możliwy powrót do wcześniejszego etapu postępowania i wprowadzenie zmian w treści dokumentów zamówienia. Jediną możliwością sanowania ewentualnego naruszenia byłoby w takim przypadku unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, niemniej Odwołujący w toku postępowania odwoławczego ani nie zmodyfikował swoich żądań, ani nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Art. 575 ustawy Pzp stanowi, że strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. § 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. Do kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z § 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia zalicza się także wpis od odwołania.

Wobec oddalenia odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zaliczając do kosztów wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodnicząca:.....