

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2019 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, STEKOP-OCHRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porostach, DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Polskie LNG S.A. z siedzibą w Świnoujściu, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1517/19 pod stronię Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
- 1.2 unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty Odwołującego,
- 1.3 dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Szczecinie.

Uzasadnienie

Polskie LNG S.A. z siedzibą w Świnoujściu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia wraz z monitorowaniem obiektów Terminalu LNG”, Numer referencyjny: RZ/28/ZP/2019/PLNG, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2019 r. pod numerem 2019/S 101-245746. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 5 sierpnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: "STEKOP" S.A. z siedzibą w Warszawie, "STEKOP - OCHRONA" Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porostach, DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, w zw. z art. 24 ust. 12 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U. z 2016 poz. 1126, dalej: „rozporządzenie ws. dokumentów”), przez ich błędne zastosowanie i uznanie, że:
 - a) przedłożony w odpowiedzi na wezwanie dokument zgody Szefa ABW nie był dokumentem tożsamym (substytutem) do świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, tym samym, że nie potwierdzał zdolności do ochrony informacji niejawnych,
 - b) Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w rozdziale IX ustęp 5 SIWZ,
 - c) Odwołujący podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 4 Pzp przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona,
3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez: wybór jako najkorzystniejszej oferty - de facto - skalsyfikowanej na drugiej pozycji w rankingu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu;.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegających na:
 - a) wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej Przystępujący),
 - b) wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu,
 - c) uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą,
2. dokonania ponownej oceny ofert, w tym oferty Odwołującego,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający skierował w dniu 23 lipca 2019 r. do Odwołującego wezwanie do złożenia dokumentu aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego wydanego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) lub Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW), 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 2019 r. poz. 742 z późn. zm.) wydanego na rzecz DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. (dalej zwaną DGP). W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przekazał Zamawiającemu zgodę Szefa ABW na dostęp do informacji niejawnych, potwierdzającą zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne”.

Zasady ochrony informacji niejawnych zostały określone w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742 z późn. zm., dalej zwaną Uoin) i to ten akt prawny określa zasady dostępu do takich informacji.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 Uoin informacje niejawne, to takie, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania. Informacje niejawne klasyfikuje się w zależności od nadawanej im klauzuli, które determinują sposób ochrony poszczególnych informacji. Klauzulę tajności określone w art. 5 Uoin nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia materiału innego niż dokument.

Dostęp do informacji niejawnych jest ograniczony zarówno podmiotowo (do zweryfikowanych osób dających rękojmię właściwego postępowania z tymi informacjami), jak i przedmiotowo (w zakresie uprawnień tych osób). Informacje niejawne mogą być przetwarzane jedynie w odpowiednich warunkach. Podstawowe zasady postępowania z informacjami niejawnymi określone zostały w art. 8 Uoin. Zgodnie z tym przepisem, informacje niejawne, którym nadano określoną klauzulę tajności:

1. mogą być udostępnione wyłącznie osobie uprawnionej, zgodnie z przepisami ustawy dotyczącymi dostępu do określonej klauzuli tajności;
2. muszą być przetwarzane w warunkach uniemożliwiających ich nieuprawnione ujawnienie, zgodnie z przepisami określającymi wymagania dotyczące kancelarii tajnych, bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych, obiegu materiałów i środków bezpieczeństwa fizycznego, odpowiednich do nadanej klauzuli tajności;
3. muszą być chronione, odpowiednio do nadanej klauzuli tajności, z zastosowaniem środków bezpieczeństwa określonych w przepisach Uoin i przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie.

Dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych muszą spełniać wymagania wynikające z odpowiednich przepisów o ochronie informacji niejawnych. W art. 54 Uoin określone zostały zasady dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych. Zgodnie z art. 54 ust. 1 warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych. Najczęściej stosowanym dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyżej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydawane przez ABW lub SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, nie jest to jednak jedyny dokument potwierdzający zdolność do ochrony informacji niejawnych na gruncie Uoin. W art. 54 ust. 7 Uoin jest mowa o pisemnej zgodzie właściwego organu na dostęp do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. Postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego wszczynane jest na wniosek przedsiębiorcy, w którym określa się stopień świadectwa oraz klauzule tajności informacji niejawnych, których zdolność do ochrony ma potwierdzić świadectwo.

Z art. 59 Uoin wynika, że postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego powinno być zakończone w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy, licząc od dnia przedłożenia wszystkich dokumentów niezbędnych do jego przeprowadzenia. Postępowanie jest długotrwałe, skomplikowane proceduralnie i czasochłonne. W konsekwencji przewidziano, że wydanie we właściwym czasie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego z przyczyn leżących po stronie organu może nie być możliwe. W celu zapewnienia przedsiębiorcy możliwości prowadzenia działalności związanej z ochroną informacji niejawnych, wprowadzono w Uoin rozwiązanie zgody na dostęp do ochrony informacji niejawnych, dokumentu stanowiącego substytut świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Powyższe rozwiązanie ma na celu niwelowanie negatywnych skutków dla przedsiębiorców, wynikających z trwającej ponad termin określony ustawowo, procedury w ABW lub SKW.

Organ wydając zgodę na podstawie art. 54 ust. 7 Uoin bierze pod uwagę przede wszystkim dobro informacji niejawnych oraz aktualną sytuację podmiotu, który występuje o wydanie przedmiotowej zgody. W sytuacjach, w których nie zachodzą przesłanki skutkujące cofnięciem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, zgromadzony materiał wskazuje na to, iż postępowanie zmierza ku wydaniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, w sytuacji gdy organ nie jest w stanie wydać go w terminie wynikającym z przepisów ustawy, Szef ABW wyraża zgodę na dostęp na dotychczasowych zasadach do informacji niejawnych do czasu zakończenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Zgoda Szefa ABW jest przedłużeniem terminu ważności posiadanego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Zwrócić uwagę należy, że zgoda o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin, tożsamo jak świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego ma charakter uniwersalny tj. odnosi się do wszelkich umów jakie zawarł wykonawca, których wykonanie wiąże się z dostępem do informacji niejawnych. Uprawnienie jest zamknięte w czasie do ziszczenia się jednego z trzech scenariuszy możliwego zakończenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. Za tożsamym charakterem zgody Szefa ABW wobec świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przesądza wykładnia literalna postanowień Uoin.

Z wyprzedzeniem wobec ustawowego terminu, w dniu 15 października 2018 r., złożony został do ABW wniosek o wydanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dla DGP. W dniu 19 grudnia 2018 roku, po dopełnieniu wszelkich formalności leżących po stronie wnioskodawcy, przedmiotowy wniosek został skierowany do merytorycznego rozpatrzenia przez Wydział Zamiejscowy we Wrocławiu Delegatury ABW w Poznaniu. DGP ubiega się po raz kolejny o świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia do klauzuli „Poufne”. W przedmiotowym postępowaniu okres, w którym organ dostrzegł dodatkowe informacje wymagające sprawdzenia przypadł na koniec 6 miesięcznego terminu przewidzianego w przepisach ustawy. W konsekwencji mimo natychmiastowo udzielanych przez wnioskodawcę odpowiedzi i przedkładania wymaganych przez organ dokumentów, ABW nie zakończyło postępowania w zakreślonym w ustawie terminie. W chwili gdy przewidziany ustawą maksymalny termin na wydanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego upłynął,

DGP zintensyfikowała kontakt z ABW, w celu zwrócenia uwagi ABW na negatywne konsekwencje jakie na rynku zamówień publicznych dla przedsiębiorcy wiązać się będą z niezakończeniem postępowania o wydanie Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego w terminie ustawowym. Jednym z dokumentów przedstawionych ABW był wniosek o wydanie zgody Szefa ABW w oparciu o art. 54 ust. 7 Uoin. Pismem z dnia 23 lipca 2019 r. DGP ponowiła złożony wniosek, który w dniu 25 lipca 2019 r. skutkował wydaniem zgody Szefa ABW na dostęp do informacji niejawnych. Podkreślić należy, iż organ wydając zgodę miał już zgromadzony materiał w sprawie i pełną wiedzę o sytuacji DGP.

DGP dopełniła wszelkich aktów staranności związanych z możliwością pozyskania kolejnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Organ mając na uwadze stan sprawy i zgromadzony w niej materiał uznał, iż DGP jest zdolna do ochrony informacji niejawnych i może uzyskać dostęp do informacji niejawnych do czasu zakończenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, które jak wskazują zgromadzone informacje zmierza ku wydaniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Wobec powyższych okoliczności Odwołujący w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedstawił Zamawiającemu jeden z możliwych dokumentów potwierdzających zdolność Odwołującego do ochrony informacji niejawnych tj. zgodę Szefa ABW o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin. Przedmiotowa zgoda jest dokumentem tożsamym (substytutem) do świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego - jest dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych na tych samych zasadach i w tym samym zakresie co świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

Zamawiający nie musiał wprost przewidzieć w SIWZ wszelkich dokumentów jakich będzie żądał od wykonawców. Zagwarantował sobie takie prawo przez wprowadzenie do SIWZ rozdziału XI ustępu 23. W konsekwencji, podobnie w skierowanym do Odwołującego wezwaniu do przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, nie musiał wskazywać wszystkich możliwych dokumentów, jakie Odwołujący mógł złożyć w odpowiedzi ponieważ o rodzaju dokumentu jaki będzie właściwy na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu stawianym przez Zamawiającego przesądza Uoin, która w powyższym zakresie przewidyje więcej niż jeden dokument.

Mając powyższe na uwadze, mimo, wezwanie - literalnie - odnosiło się do przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, w odpowiedzi Odwołujący uprawniony był złożyć dwa tożsame dokumenty, tj. świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego bądź zgodę właściwego organu. Tym samym przedkładając zgodę Szefa ABW Odwołujący uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i złożył dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Opisane uchybienia Zamawiającego, polegające na niezgodnych z przepisami czynnościach podjętych w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz zaniechaniu czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, w ocenie Odwołującego wskazują, że przedmiotowe postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W toku rozprawy Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. Opinia prywatna radcy prawnego p. A. K. dotycząca funkcji zgody, o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin sporządzona na rzecz Odwołującego (dowód nr 1),
2. Wykaz wydanych świadectw bezpieczeństwa przemysłowego, stan na 19 czerwca 2019 r. - wydruk według oświadczenia Odwołującego pochodzący ze strony internetowej ABW (dowód nr 2),
3. Kopia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego wystawionego na rzecz wykonawcy SOLID Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. konsorcjanta Przystępującego (dowód nr 3).

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii ABW z dnia 1 sierpnia 2019 r. na okoliczność tożsamości charakteru zgody Szefa ABW wobec świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, w szczególności potwierdzania przez powyższą zgodę zdolności Odwołującego do ochrony informacji niejawnych (dowód nr 4).

Zamawiający 14 sierpnia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania, wskazując ponadto:

W Rozdziale IX ust. 5 SIWZ (numeracja obowiązująca po zmianie SIWZ dokonanej w dniu 4 czerwca 2019 r.) Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, dysponujący świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskiego (SKW) lub Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW), co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w Uoin. Ponadto, Zamawiający w wyniku odpowiedzi na pytania do SIWZ wskazał, że w odniesieniu do warunku opisanego w Rozdziale IX ust. 5 SIWZ dopuszcza, aby w przypadku oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z nich posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydane przez SKW lub ABW, co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w Uoin, natomiast pozostali muszą posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydane przez SKW lub ABW, co najmniej o klauzuli „poufne”. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał oświadczenia wykonawcy, że dysponuje on świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I lub II lub III stopnia wydanym przez SKW lub ABW, spełniających ww. wymogi. Treść SIWZ w zakresie tych wymagań Zamawiającego nie została, w sposób skuteczny, zakwestionowana przez wykonawców przez użycie przez nich wynikających z Pzp środków ochrony prawnej. Zamawiający w treści SIWZ odpowiednio określił jakim dokumentem muszą dysponować wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego. Zamawiający nie dopuścił dysponowania przez wykonawców „substytutem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego” (zgodą, o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin). Ponadto Uoin nie przewiduje takiego dokumentu jak „substytut świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego”. W art. 54 — 71 Uoin zostały opisane wymagania odnoszące się do bezpieczeństwa przemysłowego - dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego (art. 54 ust. 2 Uoin).

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13 czerwca 2019 r. przedłożył oświadczenie DGP o dysponowaniu świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia wydanym przez SKW lub ABW, co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych. Zamawiający dokonał weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu przez sprawdzenie czy DGP dysponuje deklarowanym świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego oraz czy jest ono aktualne (w wykazie podmiotów posiadających świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego publikowanym przez ABW na jej stronie internetowej). Z informacji dostępnych w ww. dokumencie wynikało, że świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia wydane na rzecz DGP do klauzuli „poufne” było ważne do dnia 22 lipca 2019 r., natomiast do klauzuli „tajne” do 22 lipca 2016 r.

W związku z tym, Zamawiający 25 czerwca 2019 r. wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów w postaci świadectw bezpieczeństwa przemysłowego przez poszczególnych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum Odwołującego. W odpowiedzi złożone zostało m. in. świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia wydane przez ABW na rzecz DGP. Z treści ww. dokumentu wynikało, że DGP posiadała pełną zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” do 22 lipca 2016 r.

Mając na uwadze fakt, że przedmiotowe świadectwo DGP utraciło ważność 22 lipca 2019 r. Zamawiający powziął wątpliwości czy ww. wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale IX ust. 5 SIWZ. W związku z tym, 23 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego spełniającego wymogi SIWZ, wydanego na rzecz DGP, ale w odpowiedzi na powyższe Odwołujący nie złożył żadanego dokumentu, ale zgodę z 25 lipca 2019 r. wystawioną przez Zastępcę Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego ppłk W. Z treści dokumentu wynikało, że ww. Zastępca Szefa wyraził „zgodę na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” przedsiębiorcy DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. do czasu zakończenia przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego postępowania bezpieczeństwa przemysłowego prowadzonego w celu wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego prowadzonego w celu wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony tych informacji, z wykluczeniem możliwości ich przetwarzania we własnych systemach teleinformatycznych”.

Zgodnie z art. 64 ust. 1 Uoin postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego kończy się wydaniem przez ABW świadectwa zgodnie z wnioskiem przedsiębiorcy albo decyzją o odmowie wydania świadectwa lub decyzją o umorzeniu postępowania. Odwołujący składając pismo z 25 lipca 2019 r. oraz zgodę Zastępcy Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 25 lipca 2019 r. przyznał, że DGP od 23 lipca 2019 r. nie posiadała świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. DGP jest w trakcie uzyskiwania wymaganego przez Zamawiającego świadectwa, a zgodnie z tym co napisano wyżej postępowanie nie musi skończyć się dla przedsiębiorcy pozytywnie.

Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego — wbrew twierdzeniom Odwołującego — jest jedynym wymienionym w ustawie o ochronie informacji niejawnych dokumentem potwierdzającym zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej. Dokument ten jest wydawany po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego (art. 54 ust. 2 Uoin). Ustawodawca przewidział możliwość wyrażenia przez m.in. szefa ABW pisemnej zgody na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające). Dokument ten ma więc charakter „przejściowy”, „tymczasowy”, nie jest promesą wydania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Z treści zgody z 25 lipca 2019 r. wydanej przez Szefa ABW w sposób jednoznaczny wynikało bowiem, że „Zgodnie z art. 64 ust. 1 ww. ustawy postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego kończy się wydaniem przez ABW świadectwa zgodnie z wnioskiem przedsiębiorcy albo decyzją o odmowie wydania świadectwa lub decyzją o umorzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego”. To samo zostało powielone w piśmie ABW z dnia 1 sierpnia 2019 r. załączonym do odwołania.

Wbrew tezę podniesioną przez Odwołującego, Uoin nie stanowi, że zgoda na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego (art. 54 ust. 7 Uoin) jest wydawana w sytuacjach, w których nie zachodzą przesłanki skutkujące cofnięciem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, zgromadzony materiał wskazuje na to, że postępowanie zmierza ku wydaniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, a organ nie jest go w stanie wydać w terminie wynikającym z przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem pismo z 1 sierpnia 2019 r. podpisane przez płk A. Dyrektora Departamentu Ochrony Informacji Niejawnych ABW. Z informacji zawartych w ww. dokumencie wynika, że w opinii Departamentu, zgoda, o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin, jest dokumentem potwierdzającym zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych na tych samych zasadach i w tym samym zakresie co odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydane po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego. „Pamiętać należy jednak, że ww. zgoda ważna jest tylko do czasu zakończenia prowadzenia postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, a to zgodnie z art. 64 ustawy może skończyć się wydaniem świadectwa zgodnie z wnioskiem przedsiębiorcy albo decyzją o odmowie wydania świadectwa lub decyzją o umorzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego”.

Powyższe potwierdza więc, że przedmiotowa zgoda nie jest promesą uzyskania świadectwa

bezpieczeństwa przemysłowego, a wynik postępowania bezpieczeństwa przemysłowego jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu z niego.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia oraz w toku rozprawy poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Przedmiotem zamówienia jest usługa całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia wraz z monitorowaniem obiektów Zamawiającego, tj. Terminalu LNG w Świnoujściu, w szczególności ochrona przed kradzieżą, włamaniem, dewastacją oraz przed dostępem osób nieuprawnionych.

Zgodnie z rozdziałem IX "Opis warunków udziału w postępowaniu", ust. 6, o udzielenie Zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy „dysponują świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) lub Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW), co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych”.

4 czerwca 2019 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania od wykonawców, zadawane przed upływem terminu składania ofert. Pytanie nr 2 brzmiało: „Czy w przypadku składania oferty przez konsorcjum dopuszczalne jest aby lider konsorcjum posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia, a pozostali członkowie konsorcjum świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia?”. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że „dopuszcza, aby w przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydane przez SKW lub ABW, co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych, natomiast pozostali Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydane przez SKW lub ABW co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych”. Udzielona odpowiedź pociągnęła za sobą odpowiednią zmianę treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu:

„Zamawiający dokonuje następujących zmian:

1. W treści Uwagi w Rozdziale IX SIWZ oraz Sekcji III, 1.4) ogłoszenia o zamówieniu dodając:

W odniesieniu do warunku opisanego w ust. 6 powyżej Zamawiający informuje, że dopuszcza, aby w przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydane przez SKW lub ABW, co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w ustawie o ochronie

informacji niejawnych, natomiast pozostali Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydane przez SKW lub ABW co najmniej o klauzuli „poufne”, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych (...).

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku utraty świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez wybranego wykonawcę uruchomi procedurę określoną w § 11 wzoru umowy, który reguluje zasady wypowiedzenia i odstąpienia od umowy. W ocenie Zamawiającego brak ważnego świadectwa stanowić będzie podstawę do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym na podstawie § 11 pkt 3 lit. a wzoru umowy, który stanowi: „Zleceniodawca uprawniony jest do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub do odmowy jej zawarcia, w przypadku rażącego naruszenia przez Zleceniobiorcę Umowy, w tym w szczególności w przypadku stwierdzenia w wyniku przeprowadzonej przez Zleceniodawcę kontroli, nienależytego sprawowania ochrony z naruszeniem przepisów prawa, warunków Umowy lub obowiązujących u Zleceniodawcy procedur wewnętrznych”. Zamawiający wyjaśnił, że utrata świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego spowoduje ziszczenie się przesłanki nienależytego sprawowania ochrony z naruszeniem przepisów prawa, ponieważ do realizacji zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami świadectwo jest niezbędne. Treść przytoczonego postanowienia umowy wskazuje również na możliwość odmowy zawarcia umowy z wybranym wykonawcą na tej samej podstawie.

W oparciu o wyrażone w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy stanowisko stron i Przystępującego, Izba uznała, że nie budzi wątpliwości okoliczność, iż spór sprowadza się do oceny, czy konsorcjant Odwołującego - DGP był uprawniony do posłużenia się dla celu wykazania spełniania określonego w Rozdziale IX pkt 6 SIWZ warunku udziału w postępowaniu zgodą, o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin zamiast świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 Uoin warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa jest zdolność do ochrony informacji niejawnych. Wskazane w art. 54 ust. 2 Uoin świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego jest potwierdzeniem, że podmiot na rzecz którego uprawniony organ wystawił takie świadectwo jest zdolny do ochrony informacji niejawnych.

Świadectwo nie jest więc abstrakcyjnym „źródłem” zdolności do ochrony informacji niejawnych. Świadectwo wystawiane jest na rzecz określonego przedsiębiorcy przez ABW lub SKW po przeprowadzeniu określonej w przepisach Uoin procedury sprawdzającej. Określony w rozdziale IX pkt 6 warunek udziału w postępowaniu (z uwzględnieniem opisanej wyżej zmiany warunku w wyniku odpowiedzi na pytanie z 4 czerwca 2019 r.) nakazujący ubiegającym się o zamówienie wykonawcom dysponowanie świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego w ocenie Izby interpretować należy z uwzględnieniem celu tego warunku oraz przedmiotu zamówienia. Dla celu właściwej realizacji przedmiotu zamówienia niezbędnym jest, by wybrany wykonawca był zdolny do ochrony informacji niejawnych. Powyższe prowadzi do wniosku, że celem ustanowienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu było zapewnienie, że o zamówienia ubiegać się będą wyłącznie podmioty charakteryzujące się taką zdolnością. A contrario uznanie, że Zamawiający żądał dysponowania świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego w oderwaniu od funkcji jaką zgodnie z art. 54 ust. 2 Uoin pełni ten dokument, musiałoby prowadzić do wniosku, że Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Przyjmując zatem, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców zdolności do ochrony informacji niejawnych, należy stwierdzić, że posłużenie się przez Odwołującego zgodą, o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin było uprawnione.

Art. 54 ust. 7 Uoin stanowi: „Szefowie Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Sejmu, Senatu lub Prezesa Rady Ministrów albo minister właściwy dla określonego działu administracji rządowej, Prezes Narodowego Banku Polskiego lub kierownik urzędu centralnego, a w przypadku ich braku - Szef ABW albo Szef SKW, mogą wyrazić pisemną zgodę na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej przedsiębiorcy, wobec którego wszczęto postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające. Potwierdzoną za zgodność kopię zgody przekazuje się odpowiednio do ABW lub SKW”. Odwołujący na wezwanie z 23 lipca 2019 r., które w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wystosował do niego Zamawiający, złożył pisemną zgodę Szefa ABW na udostępnienie informacji niejawnych DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. Tym samym Odwołujący potwierdził, że ma zdolność do ochrony informacji niejawnych, o której mowa w art. 54 ust. 1 Uoin, trudno bowiem uznać, że ABW wystawiłaby przedmiotową zgodę na rzecz podmiotu zdolnością taką niedysponującego.

Zamawiający podkreślał, że zgoda, o której mowa w art. 54 ust. 7 Uoin ma charakter czasowy i ważna jest do momentu zakończenia postępowania sprawdzającego

przedsiębiorcy przed ABW. Zauważyć jednak należy, że charakter czasowy ma zarówno zgoda jak i świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego. Wygaśnięcie zgody na skutek zakończonego negatywnym wynikiem postępowania sprawdzającego, powoduje takie same skutki dla przedsiębiorcy jak wygaśnięcie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego - w obu przypadkach przedsiębiorca utraci zdolność do ochrony informacji niejawnych. Z punktu widzenia Zamawiającego zaistnienie każdej z obu tych sytuacji stanowiłoby podstawę do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowych lub do odmowy jej zawarcia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do wniosku, że Odwołujący miał prawo skutecznie powołać się na zgodę szefa ABW w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 6 SIWZ. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Oceniając wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego Izba uznała, że dowody nr 1 do 4 nie zasługują na uwzględnienie i na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp nie wzięła ich pod uwagę stwierdzając, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki.

Zarzuty nr 2 i 3

Podstawowy zarzut odwołania, tj. wykluczenie Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp potwierdził się. W tej sytuacji uznać należy za zasadne również zarzuty będące pochodnymi zarzutu podstawowego. W konsekwencji trafnymi okazały się:

1. zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp („Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”),
2. zarzut uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie została przez Zamawiającego uwzględniona w toku oceny ofert (art. 91 ust. 1 Pzp: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).