Sygn. akt KIO 901/20

WYROK

z dnia 17 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Aleja Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Aleja Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Aleja Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 901/20

Zamawiający Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa wszczął postępowanie na dostawy w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą »Dostawa wielozadaniowych pojazdów Wojsk Specjalnych«.

31.05.2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu (dalej ogłoszenie) w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2019/S 104-254246.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie

Pzp.

16.04.2020 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z sekcją III.2.3 ogłoszenia.

27.04.2020 r. wykonawca - GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

1) czynność z 16.04.2020 r. wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp (zdolność techniczna i zawodowa), określonego w sekcji III 2.3 ogłoszenia;

2) czynności zamawiającego prowadzące do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na fakt postępowania niezgodnego z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, a polegającego na pierwotnym dopuszczeniu możliwości realizacji zamówienia przez podmioty mające siedzibę w Szwajcarii i następnie uznaniu, że jednak te podmioty przedmiotowego zamówienia realizować nie mogą czego dowodem jest treść wezwania z 16.04.2020 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 26 ust. 3 Pzp przez nieuprawnione żądanie złożenia przez odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczycącego zdolności technicznej i zawodowej, jako warunku określonego w sekcji III 2.3 ogłoszenia z uwagi na fakt, że złożone przez odwołującego dokumenty wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a podwykonawca, na którego zasoby powołał się odwołujący zgodnie z przepisami prawa unijnego na podstawie zawartej umowy międzynarodowej przez Unię Europejską (dalej UE) z Konfederacją Szwajcarską (dalej Szwajcaria) ma możliwość dostępu do informacji niejawnych państw członkowskich UE, co prowadzi do tego, że odwołujący mógł skutecznie powołać się na zasoby podwykonawcy i wskazać go jako podwykonawcę w rozpoznawanym postępowaniu, a wezwanie z 16.04.2020 r. należy uznać za bezprzedmiotowe;

2) art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zakomunikowania odwołującemu w sposób wyczerpujący i precyzyjny, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, które uzasadniły niemożliwość przekazania informacji niejawnych podmiotowi ze Szwajcarii w oparciu o treść umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy UE a Szwajcarią w zakresie wymiany informacji niejawnych, a jedyne lakoniczne stwierdzenie, że „właściwe organy" stwierdziły tę okoliczność;

ewentualnie, z ostrożności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

3) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niekonkurencyjny oraz nieprzejrzysty z uwagi na fakt, że zamawiający dopuszczał udział w postępowaniu wykonawców mających siedzibę w Szwajcarii, co spowodowało wprowadzenie wykonawców biorących udział w postępowaniu w błąd, polegający na uznaniu przez wykonawców ze Szwajcarii, że skoro w postępowaniu mogą uczestniczyć wykonawcy ze Szwajcarii, to tym bardziej można powołać się na

zasoby takich podmiotów i wskazać je jako podwykonawców biorących udział w realizacji zamówienia, gdyż spełniają wszystkie wymagania prawne i faktyczne do skutecznego uczestniczenia w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do obowiązku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentów dokonanej pismem z 16.04.2020 r.;

2) ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu naruszenia określonych w pkt 1 i 2 nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust, 1 pkt 7 Pzp;

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów załączonego do odwołania, a w przypadku odbycia rozprawy z udziałem stron na podstawie spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Argumentacja odwołującego

31.05.2019 r. ukazało się ogłoszenie w DUUE.

24.06.2019 r. zamawiający zmienił w ogłoszeniu termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

26.08.2019 r. zamawiający zezwolił na ubieganie się o udział w postępowaniu wykonawcom, którzy mają siedzibę w Australii.

11.09.2019 r. zezwolił na ubieganie się o udział w postępowaniu wykonawcom, którzy mają siedzibę w Szwajcarii.

04.10.2019 r. odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
16.04.2020 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego wezwanie z 16.04.2020 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp (zdolność techniczna i zawodowa), określonych w sekcji III.2.3 ogłoszenia.

Z treści wezwania wynika, że zamawiający uznał, że dokumenty przedstawione przez odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania zdolności zawodowej z uwagi na fakt, że podmiot General Dynamics European Land Systems - Mowag GmbH, którego działalność zarejestrowana jest w Szwajcarii (dalej podmiot G), na którego zasoby powołuje się odwołujący w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie może brać udziału w postępowaniu jako podwykonawca, ponieważ brak jest podstawy prawnej do przekazywania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone" do Szwajcarii.

W konsekwencji prowadzi to do niemożliwości wykazywania się zasobem podmiotu G w postępowaniu przez odwołującego. Sam zamawiający dokonując 11.09.2019 r. modyfikacji treści ogłoszenia dopuścił udział w postępowaniu wykonawców, którzy mają siedzibę w Szwajcarii, czym zamawiający dał asumpt podmiotom zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu z tego kraju do twierdzenia, że spełniają wszelkie wymagania prawne do ubiegania się o realizację rozpoznawanego zamówienia. To samo analogicznie dotyczyło możliwości wskazywania jako podwykonawcy podmiotu ze Szwajcarii. Dopiero na etapie wezwania do złożenia dokumentów z 16.04.2020 r. zamawiający poinformował odwołującego, że jednak podmioty ze Szwajcarii zdaniem zamawiającego nie mogą brać udziału w postępowaniu, gdyż brak jest podstawy prawnej do przekazywania do Szwajcarii informacji niejawnych. Wskazało to na wadliwość postępowania zamawiającego.

Analizując otrzymane dokumenty odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu odwołującego pismem z 16.04.2020 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego

w sekcji III 2.3 ogłoszenia o zamówieniu na podstawie art. 26 ust, 3 Pzp. Ponadto w razie niepodzielania zasadności odwołania w powyższym zakresie odwołujący zarzuca zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż treść ogłoszenia wraz z dokonywanymi zmianami wprowadziła wykonawców biorących udział w postępowaniu w błąd, co do możliwości złożenia skutecznego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie oferty.

Czynności wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp powodują brak możliwości dalszego brania udziału odwołującego w postępowaniu, a w konsekwencji brak możliwości złożenia w następnym etapie oferty i jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowód na

poparcie przytoczonych okoliczności

Odwołujący zachował wszystkie przewidziane prawem terminy i dokonał czynności koniecznych do wniesienia odwołania, bo w terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwanie z 16.04.2020 r. do złożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, składa odwołanie. Odwołujący także zaznacza, że w zakresie zarzutu ewentualnego wiedzę odnośnie niemożliwości udziału w postępowaniu wykonawców lub podwykonawców, które mają zarejestrowaną siedzibę w Szwajcarii, uzyskał również dopiero w momencie otrzymania ww. wezwania, gdyż do tej pory zamawiający dopuszczał możliwość udziału podmiotów ze Szwajcarii w tym zamówieniu, a wcześniej nie zmodyfikował swojego stanowiska.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Nie można mieć wątpliwości, że działanie zamawiającego narusza przepisy Pzp i w konsekwencji uniemożliwia odwołującemu złożenie najkorzystniejszej oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Interes wyraża się w tym, że dokonanie czynności związanych z usunięciem naruszeń ujawnionych w trakcie postępowania warunkują nie tylko prawidłowość w zakresie stosowania przepisów Pzp przez zamawiającego, ale przede wszystkim dają odwołującemu realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia i wzięcia udziału w dalszym etapie postępowania.

1. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

Zamawiający 28.05.2019 r. przekazał ogłoszenie, którego przedmiotem jest dostawa wielozadaniowych pojazdów Wojsk Specjalnych, Urzędowi Publikacji UE.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 31.05.2019 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

24.06.2019 r. zamawiający zmienił ogłoszenie przez zmianę terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 5.07.2019 r. na 30.08.2019 r.

Kolejna zmiana ogłoszenia nastąpiła 26.08.2019 r. Zamawiający oprócz udziału państw, o których mowach w art. 131d ust. 1 Pzp, zezwolił na ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy mają swoją siedzibę w Australii.

11.09.2019 r. została w Dzienniku Urzędowym UE opublikowana następna zmiana ogłoszenia. Zamawiający zmienił sekcję III.1.4.1 ogłoszenia przez dodanie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom posiadającym siedzibę w Szwajcarii oraz zmienił termin składania wniosków na 8.10.2019 r.

Odwołujący pismem z 4.10.2019 r. złożył wniosek do zamawiającego o dopuszczeniu odwołującego do udziału w postępowaniu. Po złożeniu wniosków przez wykonawców, zamawiający przystąpił do badania wniosków w zakresie zgodności z treścią ogłoszenia.

16.04.2020 r. zamawiający doręczył odwołującemu wezwanie do złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej polegającej na wykonaniu w sposób należyty minimum jednej dostawy o określonych parametrach.

W treści wezwania zamawiający wskazał, że odwołujący zgodnie ze złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 ogłoszenia polega na zdolnościach podmiotu G z siedzibą w Szwajcarii. Zamawiający

podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie z 6.02.2020 r. odwołujący wskazał, że ww. podmiot będzie brał udział bezpośrednio w realizacji zamówienia jako podwykonawca, w tym między innymi przy sporządzaniu dokumentacji technicznej. Zamawiający w piśmie z 6.02.2020 r. przypomniał także, że zgodnie z ogłoszeniem udział w postępowaniu i jego realizacja wymaga posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Zastrzeżone" wraz z możliwością ich przetwarzania we własnych akredytowanych systemach teleinformatycznych. Odwołujący w odpowiedzi stwierdził, że podmiot G gwarantuje ochronę informacji o polskiej klauzuli „zastrzeżone". Zamawiający dokonując oceny złożonego wniosku stwierdził, że brak jest podstawy prawnej, która pozwalałaby na przekazywanie informacji niejawnych podmiotowi, którego działalność zarejestrowana jest na terenie Szwajcarii, co prowadzi do tego, że odwołujący nie może powołać się na zasoby tej spółki ze Szwajcarii, a tym bardziej nie może być ona podwykonawcą w tym postępowaniu.

Jednocześnie w treści wezwania zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 22a ust. 6 Pzp odwołujący może zastąpić ten podmiot innym podmiotem składając wszystkie dokumenty dla tego podmiotu lub zobowiązać się do osobistego wykonania zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne określone w sekcji III.2.3 ogłoszenia.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami zamawiającego.

Zgodnie sekcją III.5 ust. 7 ogłoszenia „W przypadku wskazania w swojej ofercie podwykonawców, wykonawca zobowiązany będzie do udowodnienia, że podwykonawcy posiadają uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej oraz posiadają zdolność do ochrony informacji niejawnych". Idąc dalej zamawiający w sekcji III.1.4 ust. 5 ogłoszenia określił, że udział w postępowaniu i realizacja zamówienia wymagają posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Zastrzeżone" wraz z możliwością ich przetwarzania we własnych akredytowanych systemach teleinformatycznych, w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742) (dalej - ustawa OIN). Zgodnie z art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji 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 Polski.

Nadto zgodnie z sekcją VI.3 ust. 16 ogłoszenia wykonawca, na etapie złożenia oferty

oraz na etapie realizacji umowy będzie zobowiązany do przedstawienia uprawnień podwykonawców do ochrony informacji niejawnych zgodnie z ustawą OIN.

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zgodnie z sekcją III.2.1 ust. 2 pkt 3 ogłoszenia miał złożyć pisemne oświadczenie o spełnieniu wymogów wynikających z przepisów ustawy OIN w odniesieniu do informacji niejawnych o klauzuli „Zastrzeżone", z możliwością ich przetwarzania w użytkowanych obiektach, w tym we własnych systemach teleinformatycznych. Wykonawcy krajowi zobowiązani byli do złożenia oświadczenia zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do ogłoszenia, natomiast wykonawcy zagraniczni zobowiązani byli do złożenia oświadczenia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do ogłoszenia. Jednak zamawiający na tym etapie nie określił w jaki sposób wykonawcy mają dokonać potwierdzenia możliwości jego podwykonawców do otrzymywania informacji niejawnych.

Zgodnie z treścią załącznika nr 6 do ogłoszenia wykonawca zagraniczny wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu miał oświadczyć, że przystępując do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wielozadaniowych pojazdów Wojsk Specjalnych, firma „spełnia wymagania do ochrony informacji niejawnych o klauzuli odpowiadającej polskiej klauzuli tajności „ZASTRZEŻONE" [...], zgodnie z postanowieniami _ _ _ _ i umowy bilateralnej z dnia _ _ _ _ zawartej między Rządem Polski a _ _ _ _ o wzajemnej ochronie informacji niejawnych. Ponadto podmiot zagraniczny musiał oświadczyć, że posiada akredytowany system teleinformatyczny, w którym mogą być przetwarzane informacje niejawne o tej klauzuli".

Treść tak przygotowanego załącznika przez zamawiającego całkowicie pomijała fakt, że mogą istnieć z odpowiednimi państwami trzecimi umowy międzynarodowe zawierane przez organizacje międzynarodowe, do których należy Polska, a przez to będzie ona zobowiązana do stosowania jej bezpośrednio w swoim porządku prawnym. Taka treść mogła doprowadzić wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu do mylnych i nieodpowiednich wniosków w zakresie możliwości ich udziału w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Unia Europejska, której członkiem jest Polska, zawarła 28.04.2008 r. umowę

międzynarodową ze Szwajcarią (Konfederacją Szwajcarską) w sprawie procedur bezpieczeństwa wymiany informacji niejawnych (Dz. U. U.E. z 10 lipca 2008 r., L 181/57). Umowa ta weszła w życie 1.06.2008 r. pod dokonaniu jej notyfikacji przez jej Strony zgodnie z treścią art. 17 ust. 1. ww. Umowy.

Dowód: umowa z 28.04.2008 r. zawarta pomiędzy UE a Szwajcarią w sprawie procedur bezpieczeństwa wymiany informacji niejawnych.

Preambuła do zawartej umowy międzynarodowej wskazuje dokładnie jakimi celami kierowano się przy jej zawarciu. Tymi celami było zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom UE i Szwajcarii przez współpracę stron tej umowy. Potwierdzono, że dla efektywnej współpracy w tym zakresie zachodzi potrzeba stałej wymiany informacji niejawnych, aby zapewnić pełne efektywne konsultacje i współpracę pomiędzy UE a Szwajcarią w celu zapewnienia bezpieczeństwa obywateli zamieszkujących terytorium UE i Szwajcarią.

Odwołujący opierając się na treści Traktatu o funkcjonowaniu UE (dalej jako: TFUE) wskazuje, że zgodnie z art. 216 ust. 1 TFUE UE może zawierać umowy z jednym lub z większą liczbą państw trzecich lub organizacji międzynarodowych, jeżeli przewidują to Traktaty, lub gdy zawarcie umowy jest niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk Unii, jednego z celów, o których mowa w Traktatach, albo gdy zawarcie umowy jest przewidziane w prawnie wiążącym akcie UE, albo gdy może mieć wpływ na wspólne zasady lub zmienić ich zakres.

Ponadto, co znamienne, jeżeli UE zawrze umowę międzynarodową z państwem trzecim, to wobec treści art. 216 ust. 2 TFUE umowa zawarta przez Unię wiąże zarówno instytucje UE oraz Państwa Członkowskie. Tym samym należy uznać, że umowa międzynarodowa zawarta przez UE ze Szwajcarią o bezpieczeństwa wymiany informacji niejawnych

obowiązuje Polskę. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 24 ust. 1 TFUE kompetencją UE

jest prowadzenie wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa obejmującej wszelkie

dziedziny polityki zagranicznej i ogół kwestii dotyczących bezpieczeństwa UE. Tym samym UE wyposażona została w kompetencję ustalania zasad wymiany informacji niejawnych, które gromadzone są w państwach unijnych, aby zapewnić ich bezpieczeństwo w ramach ich wymiany w celu zapewnienia współpracy z wybranymi państwami trzecimi dla ochrony i bezpieczeństwa obywateli UE. Nie ma więc żadnych wątpliwości, że umowa między UE a Szwajcarią wiąże Polskę. Nadto jak wynika z art. 15 zawartej umowy pomiędzy UE a Szwajcarią strony jej mogą zawierać inne umowy dotyczące dostarczania lub wymiany informacji niejawnych będących przedmiotem Umowy, pod warunkiem, że nie są one sprzeczne z postanowieniami Umowy. Umowa ta więc stanowi podstawowy akt dotyczący wymiany informacji niejawnych pomiędzy Szwajcarią a UE, a w tym zakresie zarówno z instytucjami UE, ale także z każdym państwem członkowski UE.

UE ma również zawarte umowy międzynarodowe z innymi państwami sprawie procedur bezpieczeństwa przy wymianie informacji niejawnych (np., Macedonia, Stany Zjednoczone, Norwegia). Część z tych umów weszła już w życie, natomiast pozostałe czekają na notyfikację.

Polska jako państwo ma również zawarte umowy dotyczące wymiany informacji niejawnych. Te umowy można podzielić na dwie kategorie: umowy ogólne dotyczące przekazywania informacji niejawnych oraz umowy dotyczące informacji niejawnych wymienianych w sferze obronności (wykaz tych umów znajduje się na stronie ABW pod linkiem:mo/1267,Wykaz-
umow-bilateralnych-o-wzajemnej-ochronie-informacji- niejawnych.html. oraz na stronie Służby Kontrwywiadu Wojskowego:

MOW_OIN.pdf. Jest to 37

umów zawartych między Polską a innymi państwami w zakresie sposobu przekazywania

i przetwarzania informacji niejawnych. Odwołujący domyśla się więc, że zamawiający konstruując załącznik nr 6 dotyczący oświadczenia o prawie do otrzymywania informacji niejawnych, dopuszczał udział wyłącznie podmiotów pochodzących z państw, z którymi

jedynie Polska ma zawarte umowy w zakresie przekazywania informacji niejawnych,

jednakże całkowicie pominął kwestie wynikające z prawa międzynarodowego.

Dowód: 1) wykaz umów bilateralnych zawartych pomiędzy Rządem Polski a państwami trzecimi w zakresie ochrony informacji niejawnych udostępniony na stronie ABW;

2) wykaz umów bilateralnych zawartych pomiędzy Rządem Polski a państwami trzecimi w zakresie ochrony informacji niejawnych udostępniony na stronie Służby Kontrwywiadu Wojskowego (dalej SKW).

Jednak nie można zapominać, że Polskę wiążą międzynarodowe umowy zawierane przez UE zgodnie z treścią Traktatu o funkcjonowaniu UE. Jak wynika z doktryny prawa

europejskiego zgodnie z art. 216 ust. 2 TFUE umowy zawarte przez UE wiążą instytucje UE i państwa członkowskie. Z chwilą wejścia w życie umowy zawarte przez UE stają się integralną częścią unijnego porządku prawnego i należy je zaliczyć do źródeł prawa unijnego (181/73 R & V. Haegeman p. Belgii, pkt 5-6). Włączenie umów międzynarodowych do unijnego porządku prawnego skutkuje tym, że korzystają one z przymiotów źródeł tego prawa, w szczególności z pierwszeństwa przed prawem krajowym, oraz mogą być źródłem praw podmiotów indywidualnych, tj. wywierać bezpośredni skutek. W doktrynie można spotkać różne stanowiska co do pozycji umów międzynarodowych w hierarchii źródeł prawa, choć dominuje pogląd, że należy je co do zasady umiejscowić między prawem pierwotnym a prawem wtórnym. Z art. 216 ust. 2 TFUE wynika dla państw członkowskich obowiązek przestrzegania i stosowania umów międzynarodowych zawartych przez UE.

Uchylanie się przez państwa członkowskie od wykonywania zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych zawartych przez UE może skutkować wszczęciem postępowania w trybie art. 258 TFUE (d. art. 226 TWE; zob. np. C-13/00 Komisja p. Irlandii; C-239/03 Komisja p. Francji; C-459/03 Komisja p. Irlandii), (por. Dąbrowska-Kłosińska Patrycja. Art. 216. W; Traktat o funkcjonowaniu UE. Komentarz. Tom II (art. 90-222). Wolters Kluwer Polska, 2012.).

Tym samym, skoro Umowa międzynarodowa zawarta pomiędzy Szwajcarią a UE weszła w życie, to Polska zobowiązana jest od stosowania Umowy ze wszystkimi konsekwencjami przed przepisami prawa krajowego. W związku z tym nie można zgodzić się z zamawiającym, że brak jest przepisów, które pozwalają na wymianę informacji niejawnych ze Szwajcarią. Zamawiający dopuszczając więc w swoim postępowaniu wyłącznie wykonawców, z którymi tylko Polska ma podpisane umowy ogranicza krąg wykonawców w sposób nieuprawniony, całkowicie eliminując podmioty z państw trzecich, z którymi np. UE ma podpisane umowy o wymianie informacji niejawnych, a które Polska jako członek UE zgodnie z ww. przepisami traktatowymi zobowiązana jest stosować w jej porządku prawnym. Takie działanie znacznie ogranicza konkurencyjność wykonawców i prowadzi do dyskryminacji podmiotów, które mogłyby złożyć skutecznie ofertę, a taka faktyczna możliwość zostaje im odebrana.

Odwołujący pragnie wskazać również, że zgodnie z art. 5 ust. 5 OIN, informacje niejawne przekazane przez organizacje międzynarodowe lub inne państwa na podstawie umów międzynarodowych oznacza się polskim odpowiednikiem posiadanej klauzuli tajności. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia z 6.02.2020 r. odwołujący potwierdził, że podmiot trzeci gwarantuje ochronę informacji niejawnych odpowiadającą polskiej klauzuli tajności „Zastrzeżone" („Vertraulich") oraz że posiada akredytowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji niejawnych klauzuli tajności „Zastrzeżone" („Vertraulich"). Tym samym sprostano przepisom ww. ustawy jak i wymaganiom zamawiającego.

Sam zamawiający dokonując zmiany ogłoszenia, które zostało opublikowane 11.09.2019 r. w DUUE, dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców mających siedzibę w Szwajcarii. Zamawiający dopuszczając więc do udziału w postępowaniu podmiot szwajcarski, pomimo tego, że nie musiał się na to godzić z uwagi na treść art. 131d ust. 1 Pzp, dał wyraz temu, że odwołujący, który ma swoją siedzibę zarejestrowaną w Szwajcarii może skutecznie złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie złożyć skuteczną ofertę, która doprowadzi do wyboru odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Zamawiający konstruując w ten sposób katalog podmiotów, które mogą wziąć udział w postępowaniu, i dodając możliwość wzięcia udziału wykonawcy pochodzącego ze Szwajcarii, potwierdził, że podmioty te spełniają wszelkie warunki prawne, w tym w szczególności zakresie wymiany informacji niejawnych. Tak samo zamawiający dopuścił udział w postępowaniu podmiotów z Australii, a Polska nie ma z tym krajem zawartej umowy o wymianie informacji niejawnych.

Działania zamawiającego - biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego odnośnie możliwości przekazywania informacji niejawnych (oczywiście jeżeli stanowisko zamawiającego w tej materii byłoby poprawne) - prowadziłoby do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp zobowiązujących zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Skoro więc zamawiający obecne twierdzi, że nie może dopuścić do udziału wykonawcy z państwa, z którym Polska nie ma zawartej umowy o wymianie informacji niejawnych, to

rodzi się wątpliwość, dlaczego w ogóle zamawiający dopuścił w postępowaniu udział podmiotów ze Szwajcarii. Zaznaczenia wymaga, że Szwajcaria nie znajduje się w katalogu państw określonych w ramach art. 131d ust. 1 Pzp. Aby podmioty pochodzące ze Szwajcarii mogły być wyjątkowo dopuszczone do udziału w zamówieniach w dziedzinie obronności, to może dojść do tego tylko w wypadku, gdy zamawiający na podstawie art. 131d ust. 2 Pzp, tak postanowi. W przeciwnym razie podmioty te nie mogą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Takie postępowanie zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego i faktycznego i należy uznać je za nieprawidłowe.

Zamawiający w ogłoszeniu nie wskazał w jaki sposób będzie weryfikował podwykonawców w zakresie posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych. W treści ogłoszenia jedynie zostało wskazane, że wykonawca w swojej ofercie (tj. w następnym etapie postępowania) zobowiązany będzie do udowodnienia, że podwykonawcy posiadają uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej oraz posiadają zdolność do ochrony informacji niejawnych. Zamawiający w treści ogłoszenia nie wskazał, że aby wykonawca mógł skorzystać z podwykonawcy, musi on pochodzić jedynie z państwa, z którym Polska ma zawartą umowę międzynarodową o ochronie informacji niejawnych.

Jednocześnie zamawiający nie określił wymogu w jakiej formie wykonawca ma potwierdzać, że podwykonawca, którym będzie realizował część zamówienia, spełnia warunek możliwości przekazania mu informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone". Odwołujący składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z 6.02.2020 r. posłużył się pomocniczo w zakresie tego wątku treścią załącznika przygotowanego przez zamawiającego dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jednocześnie odwołujący zauważa, że wzory załączników przygotowywane przez zamawiających nie muszą być obowiązkowo stosowane przez wykonawców, gdyż ważne jest, aby treść dokumentów odpowiadała wymaganiom postanowionym w treści ogłoszenia. Skoro zamawiający nie określił jeszcze na tym etapie w jaki sposób będzie to weryfikował, wykonawca w sposób dowolny, aby już sprostać ewentualnym przyszłym wymogom, mógł w podobny sposób wyjaśnić (wykazać), że podmiot będący podwykonawcą spełnia warunki do przekazywania mu informacji

niejawnych.

Wykonawca na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest w stanie ocenić, czy dokumenty, które będzie musiał przekazać podwykonawcy w celu realizacji powierzonej mu części zamówienia, będą opatrzone klauzulami tajności zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych. Jeżeli okaże się, że część zamówienia, która będzie realizowana przy udziale podwykonawcy, nie będzie wymagała dostępu do informacji niejawnych, to za bezzasadne należy uznać posiadanie przez podwykonawcę uprawnień związanych z przekazywaniem informacji niejawnych. Taki warunek byłby wtedy nieproporcjonalny i prowadziłby do znacznego ograniczenie kręgu podmiotów zdolnych wykonać zamówienie.

Mając powyższe na względzie odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne wezwanie odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

technicznej. Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wszelkie dokumenty konieczności do dopuszczenia go do złożenia oferty. Odwołujący ponadto w postępowaniu mógł powołać się na udział podwykonawcy, który ma siedzibę w Szwajcarii z uwagi na fakt, że istnieją podstawy prawne do przekazywania informacji niejawnych do tego kraju przez państwo członkowskie UE.

W rozpoznawanej sprawie nie może być mowy o możliwości zastosowania przepisu art. 26 ust. 2 Pzp, gdyż odwołujący złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu komplet dokumentów kwalifikujących odwołującego do przejścia do kolejnego etapu postępowania zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu.

Z treści wezwania do złożenia dokumentów nie wynika dlaczego zamawiający nie uznał możliwości przekazywania informacji na podstawie umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy UE a Szwajcarią. Brak w treści wezwania jakichkolwiek wskazań, dlaczego zdaniem zamawiającego umowa ta nie pozwala na wymianę informacji niejawnych pomiędzy Polską a Szwajcarią.

NARUSZENIE art. 7 ust. 1 Pzp

Z treści art. 7 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Nabiera to szczególnego znaczenia w zakresie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z uwagi na treść art. 131d ust. 1 i 2 Pzp. Zgodnie z art. 131d ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich UE, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym UE lub Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Natomiast art. 131d ust. 2 Pzp stanowi, że zamawiający może określić w ogłoszeniu, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw, niż wymienione w art. 131d ust. 1 Pzp przez wskazanie nazwy konkretnego państwa. Zasadą w tego rodzaju postępowaniach jest więc okoliczność, że wykonawcy mający swoją siedzibę w Szwajcarii nie mogą brać udziału w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, chyba że zostaną dopuszczeni do udziału w postępowaniu na podstawie art. 131d ust. 2 Pzp.

Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu dokonując modyfikacji treści ogłoszenia 11.09.2019 r. dopuścił bezpośrednio podmioty pochodzące ze Szwajcarii do udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający dał jednoznaczny wyraz, że każdy wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu, który pochodzi z tego kraju, spełnia wszelkie warunki prawne do udziału w postępowaniu i może złożyć skuteczny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę, która umożliwi mu uzyskanie zamówienia i podpisanie ważnej umowy. Analogiczna sytuacja ma znaczenie dla możliwości skorzystania z podmiotów mających siedzibę w Szwajcarii w charakterze podwykonawców, gdyż wnioskując a maiori ad minus, skoro wykonawca może pochodzić ze Szwajcarii, to tym bardziej podwykonawca może pochodzić z tego kraju. Zamawiający zobowiązany był do określenia tak kręgu podmiotów z państw nieobjętych treścią art. 131d ust. 1 Pzp, aby mogły one złożyć skutecznie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na tym etapie postępowania.

Dopuszczenie więc do udziału jako wykonawców podmioty, które mają zarejestrowaną siedzibę w Szwajcarii, pozwoliło wykonawcom pochodzącym z tego kraju, uznać, że mogą wziąć udział skutecznie w postępowaniu, skoro spełniają wszelkie wymagania przewidziane przepisami prawa do udziału w postępowaniu, w szczególności te warunkujące dostęp do informacji niejawnych.

Zamawiający zgodnie z przepisami Pzp może określić obowiązek posiadania odpowiednich warunków do zachowania informacji niejawnych przez wykonawców, jeżeli związane jest to z charakterem zamówienia. Zamawiający w postępowaniu decydując się na dopuszczenie wykonawców ze Szwajcarii przez modyfikację treści ogłoszenia 11.09.2019 r. doprowadził do wprowadzenia w błąd potencjalnych wykonawców albo podwykonawców poszczególnych wykonawców, jeżeli faktycznie brak jest podstawy do przekazywania informacji niejawnych podmiotom ze Szwajcarii (czemu odwołujący zaprzecza), że mogą bez żadnych wątpliwości wziąć udział w postępowaniu.

Gdyby więc odwołujący miał wiedzę już przed terminem złożenia wniosków dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że podmiot z siedzibą w Szwajcarii nie może jednak brać udziału w postępowaniu, to nie „pożyczyłby" zasobów od tego podmiotu i nie wskazałby go jak podwykonawcy.

Dopiero czynność wezwania z 16.04.2020 r. obnażyła niekonsekwencję zamawiającego w tej materii, gdyż dopiero na tym etapie zamawiający wskazał, że podmiot ze Szwajcarii nie może brać udziału w postępowaniu, gdyż nie spełnia warunków prawnych dotyczących przekazywania mu informacji niejawnych.

Skoro więc zamawiający jako dysponent postępowania, specjalista w tym zakresie, od samego początku powinien mieć wiedzę o niemożliwości skutecznego wzięcia udziału wykonawcy z tego kraju, to dlaczego w ogóle w oparciu o treść art. 131d ust. 2 Pzp dopuścił udział wykonawców ze Szwajcarii. Takie działania zamawiającego powodują, że postępowanie posiada wadę, która nie może zostać konwalidowana, gdyż jest już po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący także podkreślił, że to zadaniem zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu, tak aby skutecznie zakreślić krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz dających rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia (patrz: wyrok KIO z 24 października 2019 r., sygn. akt KIO 2026/19). Zamawiający konsekwentnie w postępowaniu dopuszczał udział podmiotów ze Szwajcarii jako spełniających warunki prawne do udziału w postępowaniu, w szczególności o istnieniu

podstawy prawnej do przekazywania informacji podmiotom z tego kraju.

Odwołujący również podkreślił, że w zakresie warunku w zasadzie prawnego, jakim jest dostęp do informacji niejawnych przez wykonawców zagranicznych, zdaje sobie sprawę, że nie wszystkie podmioty z państw trzecich będą spełniać ten warunek prawny i nie mogą być często dopuszczane do udziału w postępowaniu z uwagi na interesy i bezpieczeństwo kraju, ale skoro zamawiający w treści ogłoszenia bezpośrednio wskazał na możliwość udziału w postępowaniu wykonawców ze Szwajcarii, to jednoznacznie określił, że istnieją podstawy do przekazania informacji niejawnych do wykonawcy mającego swoją siedzibę w tym kraju. Taką podstawą jest umowa międzynarodowa zawarta pomiędzy Szwajcarią a UE, o której mowa wcześniej. Skoro UE może przekazywać informacje niejawne Szwajcarii, które dotyczą Polski, to tym bardziej Polska na jej podstawie może sama przekazywać informacje w zakresie bezpieczeństwa do Szwajcarii.

Powyższe okoliczności powodują, że w wypadku uznania przez KIO, że umowa zawarta pomiędzy Szwajcarią a UE nie pozwala na wymianę informacji pomiędzy podmiotami z Polski a podmiotami ze Szwajcarii, postępowanie powinno zostać unieważnione na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Za wadę taką można uznać okoliczność, że zamawiający naruszył swoim postępowaniem zasady określone w art.

7 ust. 1 Pzp.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (por. wyrok KIO z 17 marca 2016 r., sygn. akt KIO 314/16). Wada tego

postępowania jest na tyle istotna, gdyż wobec twierdzeń zamawiającego, w razie złożenia oferty i wybrania podmiotu ze Szwajcarii, nie mógłby on zawrzeć skutecznie umowy o realizację tego zamówienia.

Powyższe okoliczności powodują, że w razie uznania, że brak jest podstawy do przekazania informacji niejawnych podmiotowi ze Szwajcarii na podstawie wiążącej umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy UE a Szwajcarią, którą obowiązek stosować ma Polska jako państwo członkowskie UE, to rozpoznawane postępowania o udzielenie zamówienia powinno zostać unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż zawiera niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.04.2020 r. (art. 180

ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.04.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 10.06.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji

postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) zamawiającego:

1) dowód nr 1 kopię pisma Służby Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) z 21.01.2020 r. w rozpoznawanej sprawie - ze stwierdzeniem zamawiającego, że pismo nie podlega żadnej klauzuli niejawności - na wykazanie, że zamawiający zwrócił się do SKW - wymieniając konkretne podmioty zainteresowane wzięciem udziału w postępowaniu - z pytaniem, czy te konkretne podmioty mogą brać udział w postępowaniu (pismo zamawiającego zostało zastrzeżone jako niejawne) i zamawiający otrzymał ogólną odpowiedź, którą zamawiający może upowszechnić, ze stwierdzeniem cyt. »z uwagi na brak podstawy prawnej, przekazanie informacji niejawnych do wymienionych w przedmiotowym piśmie krajów nie jest możliwa«;

B) odwołującego:

2) umowa z 28.04.2008 r. zawarta pomiędzy UE a Szwajcarią w sprawie procedur bezpieczeństwa wymiany informacji niejawnych;

3) wykaz umów bilateralnych zawartych pomiędzy Rządem Polski a państwami trzecimi w zakresie ochrony informacji niejawnych udostępniony na stronie ABW;

4) wykaz umów bilateralnych zawartych pomiędzy Rządem Polski a państwami trzecimi w zakresie ochrony informacji niejawnych udostępniony na stronie SKW.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp - przez nieuprawnione żądanie złożenia przez odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczycącego zdolności technicznej i zawodowej, jako warunku określonego w sekcji III 2.3 ogłoszenia z uwagi na fakt, że złożone przez odwołującego

dokumenty wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a podwykonawca, na którego zasoby powołał się odwołujący zgodnie z przepisami prawa unijnego na podstawie zawartej umowy

międzynarodowej przez UE ze Szwajcarią ma możliwość dostępu do informacji niejawnych państw członkowskich UE, co prowadzi do tego, że odwołujący mógł skutecznie powołać się na zasoby podwykonawcy i wskazać go jako podwykonawcę w rozpoznawanym postępowaniu, a wezwanie z 16.04.2020 r. należy uznać za bezprzedmiotowe

oraz zarzut trzeci postawiony przez odwołującego z ostrożności naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niekonkurencyjny oraz nieprzejrzysty z uwagi na fakt, że zamawiający dopuszczał udział w postępowaniu wykonawców mających siedzibę w Szwajcarii, co spowodowało wprowadzenie wykonawców biorących udział w postępowaniu w błąd, polegający na uznaniu przez wykonawców ze Szwajcarii, że skoro w postępowaniu mogą uczestniczyć wykonawcy ze Szwajcarii, to tym bardziej można powołać się na zasoby takich podmiotów i wskazać je jako podwykonawców biorących udział w realizacji zamówienia, gdyż spełniają wszystkie wymagania prawne i faktyczne do skutecznego uczestniczenia w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do obowiązku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w postępowaniu na dostawę wielozadaniowych pojazdów Wojsk Specjalnych na skutek zmiany ogłoszenia z 11.09.2020 r. zezwolił na ubieganie się o udział w postępowaniu wykonawcom, którzy mają siedzibę w Szwajcarii.

Jednak zdaniem Izby wykonawcy (a w tym odwołujący) nie mogą się powoływać na samo ogólne zezwolenie zamawiającego i takie ogólne zezwolenie nie może zastąpić konieczności wykazania przez wykonawcę spełnienia wszystkich warunków żądanych przez zamawiającego w ogłoszeniu (postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem).

Odwołujący w postępowaniu miał zamiar zlecić część wykonania zamówienia jako podwykonawcy podmiotowi G ze Szwajcarii. Jednak mimo wykazania tego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący nie był w stanie wykazać spełnienia warunków przez ten podmiot, szczególnie nie zareagował na wezwanie do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Odwołujący uznał, że cyt. »wnioskując a maiori ad minus, skoro wykonawca może pochodzić ze Szwajcarii to tym bardziej podwykonawca może pochodzić z tego kraju«. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że wnioskowanie a maiori ad minus [od większego do mniejszego - tłumaczenie za Czesław Jędraszko »Łacina na co dzień« NK Warszawa 1980 r.] jest prawdziwe tylko dla sytuacji mogących wystąpić w tych samych okolicznościach. Nie można powiedzieć, że jeżeli pilot (mogący więcej) - może sterować samolotem pasażerskim z prędkością poddźwiękową do ok. 1200 km/godz., to steward (mogący mniej) - może sterować takim samolotem z prędkością do 100 km/godz. Odwołujący pominął właśnie sytuację, że wykonawca pełni inną rolę w wykonaniu zamówienia niż podwykonawca i dlatego nie można do nich wprost zastosować przytaczanej paremii a maiori ad minus. Zdaniem Izby należy wziąć pod uwagę, że zamawiający nie wypowiadał się o możliwości brania udziału w postępowaniu podwykonawców z jakiegoś kraju, a konkretnie ze Swajcarii, dlatego obecnie odwołujący nie może powoływać się na dopuszczenie do udziału wykonawców ze Szwajcarii przez zamawiającego.

Należy też zauważyć, że zamawiający uzyskał od Służby Kontrwywiadu Wojskowego [SKW] jednoznaczne stwierdzenie, że »przekazanie informacji niejawnych [polskich - dopisek Izby] do wymienionych w przedmiotowym piśmie krajów [m.in. Szwajcarii - dopisek Izby] nie jest możliwe«. Dodatkowo Izba zauważa, że zamawiający możliwie późno wystąpił o to stwierdzenie do SKW, aby decyzja służb bezpieczeństwa była możliwie najaktualniejsza. Dziwić też może brak rozeznania o własnych możliwościach uzyskiwania informacji niejawnych przez takie podmioty jak odwołujący czy podmiot G, które profesjonalnie zajmują się działalnością z zakresu obronności państw i muszą się wprost na co dzień spotykać się z zagadnieniami dopuszczenia do informacji niejawnych, a zamawiający informował o objęciu niektórych dokumentów rozpoznawanego postępowania właśnie taką klauzulą.

Poza tym Izba przychyla się do stanowiska zamawiającego sformułowanego w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z 10.06.2020 r.) »[...] Unia Europejska zawarła z Konfederacją Szwajcarską [ze Szwajcarią przyp. - Izba] umowę międzynarodową w sprawie procedur bezpieczeństwa wymiany informacji niejawnych (Dz.U.UE z dnia 10 lipca 2008 r. L 181/57, dalej Umowa) to treść odwołania całkowicie pomija przedmiot tej Umowy oraz fakt, że UE - zgodnie z art. 47 TUE - posiada odrębną od państw członkowskich osobowość prawną i może podejmować samodzielnie zobowiązania dotyczące wyłącznie jej instytucji, nie wiążąc państw członkowskich „wprost". Zgodnie z treścią art. 3 Umowy, krąg podmiotów związanych Umową po stronie Unii Europejskiej ograniczony został do następujących Instytucji:

- Rady Unii Europejskiej,
- Sekretarza Generalnego Przedstawiciela i Sekretariatu Generalnego Rady,
- Komisji Wspólnot Europejskich.

Konsekwencją powyższego, wbrew twierdzeniom odwołującego, jest brak regulacji pozwalających na wymianę informacji niejawnych ze Szwajcarią - gdyż ani Polska, ani żaden inny kraj członkowski UE nie jest związany bezpośrednio z ww. Umową, albowiem dotyczy ona jedynie Konfederacji Szwajcarskiej i Instytucji Unii Europejskiej, a nie jej państw członkowskich wprost«. Tym samym można stwierdzić tak jak zamawiający na rozprawie cyt. z „Protokołu posiedzenia i rozprawy" »umowa pomiędzy UE a Szwajcarią nie została inkorporowana do polskiego sytemu prawnego«.

Izba też zauważa, że naruszeniem przepisów Pzp skutkującym koniecznością unieważnienia postępowania, o co wnosił odwołujący, byłaby sytuacja odwrotna, gdyby zamawiający stwierdził o niedopuszczalności wzięcia udziału pewnych podmiotów, wykonawców z pewnych krajów, a okazałoby się, że podmioty z tych krajów mogą brać udział w postępowaniu. Dlatego Izba nie może stwierdzić, że zamawiający postępuje w sposób, który prowadzi do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego«.

Dlatego Izba nie może się przychylić do zarzutu pierwszego naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp oraz Izba nie może się przychylić do zarzutu trzeciego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp i prowadzenia postępowania skutkującego unieważnieniem postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - i w związku z tym zarzuty pierwszy i trzeci nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - przez brak zakomunikowania odwołującemu w sposób wyczerpujący i precyzyjny, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, które uzasadniają niemożliwość przekazania informacji niejawnych podmiotowi ze Szwajcarii w oparciu o treść umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy UE a Szwajcarią w zakresie wymiany informacji niejawnych, a jedyne lakoniczne stwierdzenie, że „właściwe organy" stwierdziły tę okoliczność - nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Art. 192 ust. 2 Pzp brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«. Odwołujący stwierdził zbyt lakoniczne uzasadnienie skierowania do odwołującego wezwania do złożenia uzupełnienia wniosku o udział w postępowaniu. Jednak odwołujący nie wskazał, że zbyt lakoniczne wezwanie do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp miało jakikolwiek niekorzystny wpływ na przedmiotowe postępowanie, a szczególnie uniemożliwiło odwołującemu reakcję na wezwanie.

Z treści odwołania wynika, że odwołujący dobrze pojął intencje zamawiającego, które legły u podstaw wystosowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do odwołującego i brak wytłumaczenia intencji zamawiającego nie wpłynęła na niemożność spełnienia wezwania zamawiającego. Ponadto art. 26 ust. 3 Pzp nie stanowi o konieczności zawarcia uzasadnienia czy zakomunikowania odwołującemu w sposób wyczerpujący i precyzyjny, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego. Jednak jeszcze raz Izba podkreśla, że treść odwołania wskazuje na wystarczające naświetlenie sprawy wezwania o uzupełnienie wniosku odwołującego.

Odwołujący w zarzucie drugim wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«. Jednak - powołując się na brak bliższego uzasadnienia działań zamawiającego w omawianym wezwaniu zgodnym z art. 26 ust. 1 Pzp - odwołujący nie wykazał, że brak tego uzasadnienia zaburzył w postępowaniu uczciwą konkurencję czy równe traktowanie wykonawców zgodnie z przepisami Pzp bądź zamawiający swoim wezwaniem zgodnym z art. 26 ust. 3 Pzp naruszył zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania. Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....