

WYROK
z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2021r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę: Silezjan System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 655/21 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Silezjan System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Silezjan System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Silezjan System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Świadczenie usługi ochrony fizycznej stałej i doraźnej, monitoringu elektronicznego obiektów i mienia oraz usług konserwacji i usuwania awarii w Operatorze Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. Oddział we Wrocławiu” (numer referencyjny: ZP/2021/01/0001/PB).

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 19 lutego 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 035-088664, w tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia, zwana dalej SWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SWZ Odwołujący: Silezjan System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł w dniu 1 marca 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub UPZP, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

I.art. 16 ust. 1-3 UPZP poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia - w kontekście formułowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;

II.naruszenie art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w związku z art. 116 ust. 1 UPZP, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia - polegające na wprowadzeniu wymogu posiadania przez wszystkich wykonawców - w przypadku

wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia - świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli „poufne”, podczas gdy nie jest to niezbędne do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;

III.naruszenie art. 58 ust. 4 i art. 117 ust. 1 i 3 UPZP poprzez określenie sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy, przewidującego konieczność posiadania przez wszystkich wykonawców - w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia - świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli „poufne” - mimo iż taki sposób nie jest ani obiektywnie uzasadniony, ani też nie znajduje uzasadnienia w charakterze zamówienia, jak również nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponadto nie uwzględnia wprost przewidzianej w art, 117 ust. 3 UPZP możliwości polegania na zdolnościach tych wykonawców (spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), którzy wykonują usługi, do realizacji których wymagane są określone zdolności.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ/ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

a.zastąpienie brzmienia postanowienia rozdziału X punkt 6 SWZ o treści:„6. 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 z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie .”

Na brzmienie:

„6. 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 z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi być spełniony przynajmniej przez jednego Wykonawcę, natomiast pozostali Wykonawcy muszą dysponować świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydanym 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 (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).”

(albo:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi być spełniony przynajmniej przez jednego Wykonawcę - który będzie faktycznie uczestniczył w przetwarzaniu informacji niejawnych o klauzuli POUFNE w użytkowanych przez siebie obiektach lub we własnych systemach teleinformatycznych, natomiast pozostali Wykonawcy muszą dysponować świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydanym 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 (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).”

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi być spełniony przynajmniej przez jednego Wykonawcę - który będzie faktycznie uczestniczył w wykonywaniu usług wymagających przetwarzania informacji niejawnych poza siedzibą Zamawiającego, w tym w ramach systemów teleinformatycznych, natomiast pozostali Wykonawcy muszą dysponować świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydanym 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 (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).”

albo:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi być spełniony przynajmniej przez jednego Wykonawcę - który będzie wyznaczony przez wykonawców jako ich przedstawiciel/reprezentant (np. lider konsorcjum), natomiast pozostali Wykonawcy muszą dysponować świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydanym 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 (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.),” albo - zastąpienie brzmienia postanowienia rozdziału X punkt 6 SWZ na brzmienie:

„6. Dysponują świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, wydanym 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 (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunki opisany powyżej musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie.”

b.zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie mu nowego brzmienia zgodnie z wnioskiem określonym powyżej (lit. a)

c.dokonanie stosownych modyfikacji pozostałych postanowień SWZ/ogłoszenia o zamówieniu, będących konsekwencją uwzględnienia wniosków sformułowanych powyżej.

W zakresie wykazania interesu we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 UPZP, środki ochrony prawnej określone w przepisach tej ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z powyższym, podniósł, że aby wykonawca był legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

-wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz

-wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Mając na względzie powyższe zauważył, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania.

Oświadczył, że jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treści ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie tego zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięci spodziewanego zysku z jego realizacji.

Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych na wstępie przepisów UPZP, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może – w jego ocenie - doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu będzie utrudniało mu dostęp do zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z SWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa.

Oświadczył, że jest Wykonawcą dysponuje świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia, wydanym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) dla informacji niejawnych o klauzuli POUFNE, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, a zmiana treści ogłoszenia i SWZ zgodnie z wnioskami niniejszego odwołania umożliwiłaby mu złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu w konsorcjum samodzielnie albo z podmiotem dysponującym świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

W ocenie Odwołującego - postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, a w szczególności postanowienia SWZ, naruszają powołane w ramach zarzutu niniejszego odwołania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście treści rozdziału X pkt 6 SWZ dot. warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z treścią tego postanowienia:

„X. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I PODSTAWY WYKLUCZENIA

O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

6. 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 z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunki opisany powyżej musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie.”

Według Odwołującego - zacytowany wyżej warunek budził od samego początku wątpliwości Odwołującego - w zakresie jego proporcjonalności do przedmiotu zamówienia i zgodności z charakter zamówienia.

Odnosiło się to do wymogu posiadania w kontekście możliwości o ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia świadectwa bezpieczeństwa pierwszego stopnia, a już tym bardziej posiadania takiego świadectwa przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co jest zasadniczym (choć nie wyłącznym) przedmiotem niniejszego odwołania.

Z tego też względu Odwołujący stwierdził, że podjął działania w celu skłonienia Zamawiającego do zmiany przedmiotowego warunku określonego w SWZ i w tym celu sformułował w dniu 24 lutego 2021 r, szereg pytań dotyczących wyjaśnienia wątpliwości w zakresie celu i podstawy wprowadzenia wymogu posiadania przez wykonawcę - oraz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa I stopnia. Zamawiający nie znalazł jednak podstaw do zmiany zapisów SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, także po dodatkowych pytaniach ze strony Odwołującego.

Zwrócił uwagę, że w tym kontekście na szczególną uwagę zasługują następujące fragmenty odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego, które mają istotne znaczenie z punktu widzenia zarzutów i późniejszych wywodów niniejszego odwołania: 2

5.02.2021 r.

„Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający informuje, że zakres usług wskazany w postępowaniu nr ZPI202110H00HPB nie jest identyczny z zakresem usług w postępowaniu nr ZP/2019/02/0027/WRO. W Spółce realizowany jest proces centralizacji i ujednoczenia wymogów jakościowych stawianych Wykonawcom w sektorze usług ochrony osób i mienia, który ma na celu podniesienie poziomu bezpieczeństwa naszych obiektów. W tym celu wprowadzono wytyczne, które są stosowane powszechnie przy wszystkich postępowaniach w Spółce z zakresu ochrony usług osób i mienia, niezależnie od lokalizacji obiektu i czasu prowadzonego postępowania.

W związku z realizacją umowy, Zamawiający zamierza przetwarzać w relacjach z Wykonawcą informacje niejawnie do klauzuli POUFNE włącznie w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.) związane z funkcjonującym w Spółce systemem ochrony fizycznej i technicznej oraz wdrożonymi systemami zabezpieczeń wraz z ich konfiguracją, a także inne dokumenty wynikające z faktu, iż OGP GAZ-SYSTEM S.A. jest przedsiębiorcą o szczególnym znaczeniu gospodarczoobronnym oraz operatorem usługi kluczowej i właścicielem infrastruktury krytycznej. Stąd wynika konieczność posiadania przez Wykonawcę Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I Stopnia, do klauzuli co najmniej POUFNE

„Odpowiedź na pytanie nr 4:

Zamawiający wskazuje, iż wspólne ubieganie się o zamówienie nie jest równoznaczne ze wspólnym wykonywaniem wszystkich czynności określonych umową przez wszystkich konsorcjantów. Należy więc założyć, iż konsorcjant, który podczas ubiegania się o zamówienie nie posiadałby ŚBP I Stopnia, a otrzymałby zamówienie jedynie dlatego, iż wszedł w konsorcjum z podmiotem posiadającym ŚBP I Stopnia, nie mógłby wykonywać samodzielnie czynności określonych umową wymagających przetwarzania w pełnym zakresie (włącznie z przetwarzaniem w certyfikowanych systemach teleinformatycznych) informacji niejawnych o klauzuli POUFNE. W takiej sytuacji podmiot nieposiadający ŚBP I Stopnia nie mógłby skorzystać z uprawnień, które na podstawie ŚBP I Stopnia posiadałby tylko jeden z konsorcjantów, ani też nie mógłby przekazać udostępnionych mu informacji niejawnych konsorcjantowi posiadającemu ŚBP I Stopnia, celem ich ewentualnego grzecznościowego przetworzenia, gdyż art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych stanowi, iż informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękopię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych - zasada wiedzy koniecznej.”

„Odpowiedź na pytanie nr 5:

W związku z realizacją umowy, Zamawiający zamierza przetwarzać w relacjach z Wykonawcą informacje niejawnie do klauzuli POUFNE włącznie w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.), związane z funkcjonującym w Spółce systemem ochrony fizycznej i technicznej oraz wdrożonymi systemami zabezpieczeń wraz z ich konfiguracją. Określone w Odpowiedzi na Pytanie nr li nr 2 uwarunkowania prawne, wynikające z przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych tj. brak możliwości przenoszenia (na podstawie umowy konsorcjum) uprawnień w zakresie ochrony informacji niejawnych z jednego

uprawnionego podmiotu na inne nieuprawnione podmioty, nie pozwalają na określenie wobec Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia innych wymagań niż w odniesieniu do pojedynczych Wykonawców.”

„Odpowiedź na pytanie nr 6:

W związku z realizacją umowy, Zamawiający zamierza przetwarzać w relacjach z Wykonawcami informacje niejawnie do klauzuli POUFNE włącznie (...). Korespondencja niejawnie o klauzuli POUFNE będzie kierowana do wszystkich Wykonawców realizujących umowę, stąd wynika konieczność posiadania przez wszystkich Wykonawców Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I Stopnia, do klauzuli co najmniej POUFNE. Uprawnienia do przetwarzania informacji niejawnych, określone w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, są przyznawane konkretnym podmiotom gospodarczym. Podmioty gospodarcze ubiegające się o prawo dostępu do informacji niejawnych muszą poddać się postępowaniu sprawdzającemu, zakończonemu wydaniem stosownego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego będącego potwierdzeniem zdolności tego właśnie podmiotu do ochrony informacji niejawnych. Uprawnienia takiego nie można przenieść na inny podmiot na podstawie umowy (np. umowy konsorcjum).”

26.02.2021 r.

„Odpowiedź na pytania 17:

(...)

Zamawiający informuje, iż odpowiedź na pytanie, dlaczego Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego III Stopnia nie będzie wystarczające z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, zawarta jest w cytowanym przez Wykonawcę art. 55 ustawy o ochronie informacji niejawnych, charakteryzującym poszczególne stopnie świadectwa, zgodnie z którym Stopień III potwierdza jedynie zdolność Przedsiębiorcy do zapoznania się z informacjami niejawnymi o klauzuli POUFNE bądź wyższej w siedzibie Zamawiającego, bez jakiegokolwiek możliwości przetwarzania tego typu informacji w użytkowanych przez niego obiektach, ani we własnych systemach teleinformatycznych. Nie możliwe jest więc w takich warunkach kierowanie przez Zamawiającego do Wykonawcy korespondencji niejawnie o klauzuli POUFNE, ani też ewentualne przygotowywanie przez Wykonawcę korespondencji tego rodzaju adresowanej do Zamawiającego, a właśnie taki rodzaj przetwarzania informacji niejawnych w relacjach z Wykonawcą przewiduje Zamawiający”.

Mając na względzie rozumowanie prezentowane w cytowanych wyżej wyjaśnieniach Zamawiającego, co do konieczności wprowadzenia wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa I stopnia przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - w ocenie Odwołującego - nie sposób uznać tego wymogu - także w świetle tych wyjaśnień, za zgodny z zasadą proporcjonalności i konkurencyjności obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym kontekście wskazał, iż zgodnie z art. 112 ust. 1 UPZP, 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. Rozwinięcie tej zasady (zasady proporcjonalności), w kontekście warunków dotyczących posiadanej przez wykonawcę zdolności technicznej czy zawodowej, znajduje się w treści art. 116 ust. 1 ww. ustawy, zgodnie z którym w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zaznaczył przy tym, że wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez Zamawiającego warunków realizacji zamówienia nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków realizacji zamówienia zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia.

Jednocześnie zwrócił uwagę, iż przepis art. 16 UPZP (obok pozostałych przepisów powoływanych w ramach zarzutów tego odwołania) nakłada na Zamawiającego obowiązek takiego kształtowania warunków, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy zatem rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu nie dyskryminującego charakteru.

Argumentował, że dotyczy to nie tylko formułowania warunków udziału w postępowaniu jako takich, ale również określania sposobu spełniania tych warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wszelkie zatem ograniczenia czy zaostżenia w określeniu warunków realizacji zamówienia w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, muszą również być związane z przedmiotem zamówienia i być proporcjonalne. Przedmiotu zamówienia, w tym warunków realizacji nie można opisać w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Dlatego też rozwiązania zastosowane przez Zamawiającego muszą być adekwatne do zakładanego celu ich wprowadzenia, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę/wykonawców zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Ponadto nie mogą doprowadzić do faworyzowania jednych a tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Wobec powyższego, konieczne jest zapewnienie równowagi między interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu poprzez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia wymagań.

W zakresie problematyki wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia powołał się na art. 58 ust. 4 UPZP, zgodnie z którym: „4. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu”. Zasada ta znajduje następnie powtórzenie (i częściowe rozwinięcie) w art. 117 UPZP, a zgodnie z ust. 1 tego artykułu: „1. 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”.

W związku z tym zaznaczył, że opis warunków realizacji zamówienia winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W kontekście zamówienia będącego przedmiotem niniejszego odwołania cel ten - zdaniem Odwołującego - wynika bezpośrednio z wyjaśnień treści SWZ udzielonych przez Zamawiającego, a których istotne fragmenty zacytowano na wstępie uzasadnienia.

Mając zatem na względzie całokształt okoliczności (w tym treść wyjaśnień Zamawiającego co do treści SWZ), jak również podniesione argumenty prawne, Odwołujący zauważył i podkreślił z całą stanowczością, że określenie wymaganego warunku realizacji zamówienia na poziomie zaproponowanego przez Zamawiającego w treści spornego ogłoszenia/SWZ tj. w zakresie wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia jak i nieuzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia, ponieważ nie ma powodu, aby Zamawiający preferował i wymagał takiego właśnie poziomu realizacji usługi.

Według Odwołującego - nie ulega wątpliwości, że posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, który faktycznie będzie uczestniczył w przetwarzaniu informacji niejawnych o klauzuli poufne w użytkowanych przez siebie obiektach lub we własnych systemach teleinformatycznych, przy jednoczesnym posiadaniu przez pozostałych Wykonawców świadectw bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia co najmniej o klauzuli POUFNE, będzie w zupełności wystarczające do uzyskania przez Zamawiającego pewności, że wykonawcy w takim układzie konsorcjalnym i z takimi uprawnieniami wykonają usługę będącą przedmiotem zamówienia prawidłowo, a co najważniejsze w tym kontekście - z zachowaniem oczekiwanego przez Zamawiającego i w pełni zgodnego z prawem poziomu ochrony informacji niejawnych objętych klauzulą do poufne.

W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności na następujące przepisy ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.), z których część była także przedmiotem analizy w kontekście wyjaśnień udzielonych do SWZ przez Zamawiającego do dnia wniesienia niniejszego odwołania:

„Art. 4. [Zasada ograniczonego dostępu]

1) Informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmi zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych.”

„Art. 8. [Zasady ochrony informacji niejawnych]

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 ustawie i przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie.”

„Art. 54. [Dostęp przedsiębiorcy do informacji niejawnych]

1. Warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, zwanych dalej „umowami”, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych.

2. Dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zwane dalej "świadectwem", wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.

„Art. 55. [Świadectwa potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych]

1. W zależności od stopnia zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej wydaje się świadectwo odpowiednio:

- 1) pierwszego stopnia - potwierdzające pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji;
- 2) drugiego stopnia - potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania we własnych systemach teleinformatycznych;
- 3) trzeciego stopnia - potwierdzające zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach.

Dodatkowo, powołał się na wyjaśnienia znajdujące się na stronie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (bip.abw.gov.pl; zakładka informacje niejawne - nadzór nad systemem ochrony informacji niejawnych w sferze cywilnej - bezpieczeństwo przemysłowe - Pytania i odpowiedzi: „Czy klauzule tajności są powiązane ze stopniami świadectw bezpieczeństwa przemysłowego?”, gdzie zgodnie z dostępnymi tam informacjami;

„Stopień świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego nie jest powiązany z klauzulą tajności, co oznacza, iż przykładowo, nie trzeba ubiegać się o wydanie wyłącznie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia, aby móc przetwarzać informacje niejawne oznaczone klauzulą „ściśle tajne” lub np. tylko świadectwa trzeciego stopnia, aby móc przetwarzać informacje niejawne oznaczone klauzulą „poufne”.

(...) Należy pamiętać, iż każdy z wnioskowanych stopni świadectwa potwierdza zdolność do ochrony informacji niejawnych o wskazanej w nim klauzuli tajności. Różnica odnosi się do sposobu, formy i miejsca przetwarzania przez przedsiębiorcę informacji niejawnych w ramach danego stopnia świadectwa.”.

Zdaniem Odwołującego – z powyższej informacji wypływa przede wszystkim jedna niezwykle istotna z punktu widzenia przedmiotu niniejszego odwołania zasada ochrony informacji niejawnych - mianowicie, że niezależnie od stopnia posiadanego przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, wykonawca posiadający jakiegokolwiek świadectwo będzie miał uprawnienia do zapoznania się z informacją niejawną o klauzuli, dla której otrzymał to świadectwo. Nawet zatem wykonawca dysponujący świadectwem III stopnia dla klauzuli do poufne, zawsze, z uwzględnieniem zasady „wiedzy niezbędnej”, będzie mógł zapoznać się z informacją niejawną objętą klauzulą nie wyższą niż poufne - nie potrzebuje w tym celu w żadnym wypadku posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o wyższym stopniu.

W przekonaniu Odwołującego - o dostępie do określonej informacji niejawnej decyduje wyłącznie „zasada wiedzy niezbędnej”, którą wykonawca uzyska, zostając wybranym do realizacji zlecenia oraz posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dla klauzuli poufne lub wyższej, niezależnie od jego stopnia (I, II czy też III).

Poza tym, Odwołujący stwierdził, że każdy z podmiotów posiadających świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego daje taką samą rękojmiej ochronę informacji niejawnych, a niektóre podmioty - z racji posiadania dodatkowo wewnętrznej tajnej kancelarii (i stosowania w związku z tym tzw. kancelaryjnego obiegu dokumentów) lub akredytowanych systemów teleinformatycznych - mają dodatkowo zdolność pełniejszego przetwarzania tych informacji, potwierdzoną świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, odpowiednio, drugiego lub pierwszego stopnia.

Odwołujący również przyjął, iż posiadaczowi świadectwa trzeciego stopnia można zawsze udostępnić informacje niejawne - tj. umożliwić mu zapoznanie się z ich treścią, w miejscu przetwarzania takich informacji, a takie działanie powoduje, że wykonawca może właściwie i zgodnie z prawem (w tym zasadami ochrony informacji) wykonywać obowiązki, zadania i zalecenia zawarte w dokumencie niejawnym bez konieczności dalszego przetwarzania informacji niejawnej (dokumentu niejawnego).

Mając na względzie powyższe, w tym całokształt powołanych przepisów i ich wyjaśnień, a także obowiązującą praktykę stosowania przepisów o ochronie informacji niejawnych, Odwołujący wskazał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, z których tylko jeden posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia dla klauzuli co najmniej poufne, zaś pozostali posiadają świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia co najmniej o tej samej klauzuli poufne, będą w stanie wykonać usługę będącą przedmiotem wskazanego na wstępie zamówienia prawidłowo, a co najważniejsze w tym kontekście - z zachowaniem oczekiwanego przez Zamawiającego i w pełni zgodnego z prawem poziomu ochrony informacji niejawnych objętych klauzulą do poufne.

Jak wynika bowiem z tych przepisów, fakt posiadania przez danego wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa III stopnia dla klauzuli poufne umożliwia takiemu wykonawcy poznanie i zapoznanie się w każdym momencie z informacją niejawną o takiej klauzuli, inna są natomiast metody przetwarzania takich informacji w zależności od stopnia świadectwa.

Argumentował, że jeżeli jednak w danym układzie konsorcjalnym znajdzie się jeden wykonawca posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia, to wykonawca taki będzie mógł bez przeszkód przetwarzać w użytkowanych przez siebie obiektach oraz we własnych systemach teleinformatycznych informacje niejawne o klauzuli poufne na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia - w tym sensie, że będzie mógł otrzymywać takie informacje od Zamawiającego czy wytwarzać takie informacje (np. opracowywać w ramach usługi, jeśli będzie to objęte przedmiotem zamówienia, dokumenty zawierające takie informacje i przekazywać je Zamawiającemu) czy wreszcie modyfikować/opracowywać dokumenty przesłane przez Zamawiającego.

Jednocześnie, wyraził przekonanie, że żaden przepis ustawy o ochronie informacji niejawnych nie będzie stał na przeszkodzie temu, aby pozostali wykonawcy w ramach tego konsorcjum, dysponujący jedynie świadectwami bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia dla klauzuli poufne - a więc mającymi pełne prawo zapoznawania się z informacjami niejawnymi o takiej klauzuli - zapoznawali się z treścią ww. dokumentów (np. okazywanych im w formie wydruku z systemu teleinformatycznego) czy wręcz brali udział w ich tworzeniu/opracowywaniu w siedzibie wykonawcy dysponującego świadectwem pierwszego stopnia.

Przekonywał, że tak długo bowiem, jak wykonawca posiadający świadectwo III stopnia nie zamierza tych danych (informacji objętych klauzulą poufne) przetwarzać w użytkowanych przez siebie obiektach lub we własnych systemach teleinformatycznych, nie stwarza to zagrożenia dla ochrony informacji niejawnych zgodnej z zasadami określonymi w ustawie (argument a contrario z art. 55 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych).

Jednocześnie, podkreślił jako szczególnie istotne w kontekście problemu poruszanego w tym odwołaniu, że Zamawiający nie ma prawa narzucać wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zlecenia zasad wewnętrznej organizacji i podziału zadań w ramach konsorcjum.

Wobec tego wywodził, że jeżeli zatem w świetle obowiązujących regulacji prawnych dot. ochrony informacji niejawnych dopuszczalne jest rozwiązanie, w którym podmiot posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia dla klauzuli poufne ma zapewnioną generalną możliwość zapoznawania się z informacjami o tej klauzuli (w tym także w siedzibie podmiotu posiadającego świadectwo bezpieczeństwa pierwszego czy drugiego stopnia) i wykonawcy chcą stosować takie rozwiązanie w praktyce w ramach podziału zadań w konsorcjum, zachowując przy tym w pełni wymogi ochrony i bezpieczeństwa informacji niejawnych (jednocześnie dając rękojmię ochrony tych informacji potwierdzoną w fakcie uzyskania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dla wymaganej klauzuli niejawności) - Zamawiający nie może narzucać wykonawcom rozwiązania odmiennego, w tym określać warunków udziału w postępowaniu w sposób wskazujący na oczekiwanie odmiennego rozwiązania.

Podsumowując, swoje dotychczasowe wywody Odwołujący podkreślił, iż z uwagi na przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie i jego charakter, nie budzi sprzeciwu wykonawcy (a wręcz wydaje się dla niego oczywisty) przewidziany w ogłoszeniu i SWZ wymóg posiadania przez każdego z wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dla informacji niejawnych co najmniej o klauzuli poufne.

W związku z tym przyznał, że faktycznie bowiem absurdalne - również dla Odwołującego - byłoby zakładanie, iż możliwie jest prawidłowe wykonanie tegoż zamówienia (w tym z zachowaniem wymogów ochrony informacji niejawnych) przez konsorcjum, w ramach którego występowałyby podmioty niedysponujące jakimkolwiek świadectwem bezpieczeństwa, a tym samym wykonawcy, którzy w ogóle nie mogliby zapoznać się z dokumentami objętymi klauzulą poufne, które są niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia - i to w jakiegokolwiek formie (np. nie mogliby też zgodnie z prawem otrzymać takiej informacji od konsorcjanta dysponującego stosownym świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego).

Natomiast, stwierdził, że układ, w którym wszyscy wykonawcy mogą zgodnie z prawem zapoznawać się z wszelkimi informacjami przekazywanymi przez Zamawiającego, ale część z nich (lub np. tylko jeden) może to robić poprzez własny system teleinformatyczny, a pozostali - przez zapoznanie się z tą informacją w siedzibie tych pierwszych, nie jest w żaden sposób ograniczony i pozwala na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia w sposób zupełnie adekwatny do celów zakładanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Tym samym, o ile wymóg posiadania przez wszystkich wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego jako takiego nie budzi wątpliwości Odwołującego, to już wymóg posiadania przez wszystkich wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia wykracza dalece poza cele postępowania i pozostaje - w ocenie Odwołującego - w rażącej dysproporcji do przedmiotu i charakteru zamówienia, ponadto skutkuje dodatkowo naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, prowadząc do zawężenia kręgu wykonawców mających szansę na udział w niniejszym postępowaniu do kilku podmiotów w skali kraju (biorąc pod uwagę liczbę podmiotów prowadzących działalność ochroniarską i posiadających koncesję na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia, dysponujących jednocześnie świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia).

Dodatkowo, powołał się na fakt, że w ramach wyjaśnień do SWZ udzielonych przez Zamawiającego do dnia złożenia niniejszego odwołania, Zamawiający nie podał jakiegokolwiek okoliczności, która w świetle ww. wyjaśnień i argumentów Odwołującego mogłaby wpłynąć na odmienną ocenę stopnia proporcjonalności spornego warunku uczestniczenia w postępowaniu.

Wobec tego wskazał w szczególności, iż:

1)w ramach „Odpowiedzi na pytanie 4” z 25.02.2021 r. Zamawiający wskazuje:

„Należy więc założyć, iż konsorcjant, który podczas ubiegania się o zamówienie nie posiadałby ŚBP I Stopnia, a otrzymałby zamówienie jedynie dlatego, iż wszedł w konsorcjum z podmiotem posiadającym ŚBP I Stopnia, nie mógłby wykonywać samodzielnie czynności określonych umową wymagających przetwarzania w pełnym zakresie (włącznie z przetwarzaniem w certyfikowanych systemach teleinformatycznych) informacji niejawnych o klauzuli poufne. W takiej sytuacji podmiot nieposiadający ŚBP I Stopnia nie mógłby skorzystać z uprawnienia, które na podstawie ŚBP I Stopnia posiadałby tylko jeden z konsorcjantów, ani też nie mógłby przekazać udostępnionych mu informacji niejawnych konsorcjantowi posiadającemu ŚBP I Stopnia, celem ich ewentualnego grzesznościowego przetworzenia, gdyż art. 4, ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych stanowi, iż informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych - zasada wiedzy koniecznej”.

W tym kontekście Odwołujący zauważył, że realizacja zamówienia w ramach konsorcjum oznacza, iż nie wszystkie czynności objęte zamówieniem wykonawca będzie realizował samodzielnie czy musi realizować samodzielnie (por. także art 117 ust. 3 UPZP). Z podniesionego przez Zamawiającego punktu widzenia wystarczające będzie, iż wszelkie czynności wymagające przetwarzania poza siedzibą Zamawiającego (w tym w ramach systemów teleinformatycznych wykonawcy) informacji objętych klauzulą poufne będą realizowane przez wykonawcę dysponującego świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, pozostali zaś wykonawcy będą mogli zapoznać się z tymi informacjami (dysponując świadectwami bezpieczeństwa III stopnia co najmniej dla tej samej klauzuli) w siedzibie tegoż wykonawcy (nie wspominając już o możliwości zapoznania się z tymi informacjami w siedzibie samego Zamawiającego). Odwołujący zgodził się z Zamawiającym, iż wskazana w wyjaśnieniach tego ostatniego ścieżka obiegu informacji - tj. od wykonawcy niedysponującego świadectwem I stopnia do wykonawcy dysponującego takim świadectwem, „celem ich ewentualnego grzesznościowego przetworzenia” - nie byłaby zgodna z przepisami o ochronie informacji niejawnych, ale też przede wszystkim Odwołujący ocenia ją jako zbędną z punktu widzenia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Wystarczy bowiem, że wszystkie czynności wymagające przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli poufne poza siedzibą Zamawiającego będą wykonywane w siedzibie podmiotu dysponującego świadectwem bezpieczeństwa I stopnia i w jego własnych systemach teleinformatycznych. Pozostali wykonawcy mogą natomiast, o ile to będzie konieczne, zapoznać się z tymi informacjami w siedzibie tego wykonawcy - stosownie do posiadanych świadectw bezpieczeństwa III stopnia, pozwalających im generalnie na zapoznanie się z informacjami o klauzuli poufne.

2)w ramach „Odpowiedzi na pytanie 6” z 25.02.2021 r. Zamawiający wskazuje:

„Korespondencja niejawna o klauzuli poufne będzie kierowana do wszystkich Wykonawców realizujących umowę,

stąd wynika konieczność posiadania przez wszystkich Wykonawców Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I Stopnia, do klauzuli co najmniej „poufne”.

Powyższe wyjaśnienie potwierdza - w ocenie Odwołującego - słuszność niniejszego odwołania, bowiem wobec tych wyjaśnień oceny proporcjonalności spornego warunku udziału w postępowaniu należałoby dokonywać w kontekście wskazanej przez Zamawiającego chęci (nawet nie potrzeby - gdyż nie ma o tym mowy w wyjaśnieniach Zamawiającego, zresztą trudno byłoby w kontekście dotychczasowych wywodów tego odwołania uznać taką potrzebę za usprawiedliwioną) „kierowania korespondencji do wszystkich Wykonawców realizujących umowę”.

W ocenie Odwołującego - nie sposób uznać za zgodny z zasadą proporcjonalności czy uczciwej konkurencji, prowadzący do ograniczenia liczby potencjalnych wykonawców do kilku podmiotów w skali całego kraju, warunek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia, który w praktyce wynika z faktu, iż Zamawiający nie dopuszcza możliwości zapoznawania się przez wykonawców z korespondencją Zamawiającego w innym miejscu niż tylko siedziba danego wykonawcy (każdego z osobna) lub jego system teleinformatyczny – w szczególności Zamawiający wyklucza możliwość zapoznawania się z tą korespondencją w siedzibie Zamawiającego lub też (na zasadach wyżej opisanych przez Odwołującego - zgodnych z treścią przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych i praktyką ich stosowania) w siedzibie wykonawcy dysponującego świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia i uprawnionym w związku z tym do przetwarzania informacji o klauzuli co najmniej poufne w użytkowanych przez siebie obiektach i we własnych systemach teleinformatycznych.

W ocenie Odwołującego - wniosek taki (co do nieproporcjonalności analizowanego warunku) nasuwa się samoistnie po lekturze wyjaśnień Zamawiającego z dnia 25.02.2021 r.

Dodatkowo zwrócił uwagę w tym kontekście to fakt, że zaprezentowany w wyjaśnieniach Zamawiającego ogólny zamiar „kierowania korespondencji niejawnej o charakterze poufne do wszystkich wykonawców” nie wydaje się uzasadniony z punktu widzenia bezpieczeństwa i potrzeby ochrony informacji niejawnych - z tego punktu widzenia bardziej uzasadnione wydaje się bowiem unikanie wszelkich sytuacji powielania czy multiplikowania informacji niejawnych (co miałyby miejsce w przypadku przesyłania tych samych informacji poufnych do kilku wykonawców wspólnie realizujących zamówienie) i przekazywanie ich tylko w zakresie niezbędnym do realizacji zlecenia (zgodnie z art. 4 ustawy i powołaną przez Zamawiającego zasadą wiedzy koniecznej).

Zaznaczył również, że powszechnie stosowana (ale i usankcjonowana prawnie) praktyka wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jak również praktyka wspólnej realizacji zamówienia przez kilku wykonawców, pokazuje, iż wykonawcy obowiązani są zawsze wskazać ze swojego grona przedstawiciela (wykonawcę reprezentującego pozostałych wykonawców - np. lidera, w przypadku konsorcjum) i to do niego kierowana jest faktycznie korespondencja „adresowana” do „wykonawcy”.

Odwołujący stwierdził, że nie spotkał się z sytuacją, w której w przypadku kilkuosobowego konsorcjum zamawiający kierowałby korespondencją do wszystkich z osobna, nie zaś tylko jednego wyznaczonego przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie. Także i z tego powodu wyjaśnienia sformułowane przez Zamawiającego budzą wątpliwości i nie usprawiedliwiają - w ocenie Odwołującego - wymogów udziału w postępowaniu, które są przedmiotem niniejszego odwołania.

3)w ramach „Odpowiedzi na pytanie 17” z 26.02.2021 r. Zamawiający wskazuje:

„(...) Stopień III potwierdza jedynie zdolność Przedsiębiorcy do zapoznania się z informacjami niejawnymi o klauzuli poufne bądź wyższej w siedzibie Zamawiającego, bez jakiegokolwiek możliwości przetwarzania tego typu informacji w użytkowanych przez niego obiektach, ani we własnych systemach teleinformatycznych. Nie możliwe jest więc w takich warunkach kierowanie przez Zamawiającego do Wykonawcy korespondencji niejawnej o klauzuli poufne, ani też ewentualne przygotowywanie przez Wykonawcę korespondencji tego rodzaju adresowanej do Zamawiającego, a właśnie taki rodzaj przetwarzania informacji niejawnych w relacjach z Wykonawcą przewiduje Zamawiający”.

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego - w ocenie Odwołującego - nie do końca odpowiadają prawdzie i treści przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych - w zakresie, w jakim ograniczają uprawnienia wykonawcy dysponującego świadectwem bezpieczeństwa III stopnia do możliwości zapoznawania się z informacjami niejawnymi o klauzuli poufne wyłącznie w siedzibie Zamawiającego, z pominięciem siedziby wykonawcy dysponującego świadectwem bezpieczeństwa I stopnia, który otrzymał taką informację od Zamawiającego lub ją wytworzył/zmodyfikował na jego zlecenie.

W tym zakresie Odwołujący odesłał do dotychczasowych wyjaśnień, w tym w sformułowanych w ramach pkt 1 i 2

niniejszego wyliczenia.

Ponownie wskazał, iż takie uzasadnianie spornego warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego oznacza, iż Zamawiający niejako narzuca wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia warunki organizacji wewnętrznej i chce decydować, komu będzie wysyłał korespondencje zawierającą informacje poufne - tzn. decyduje, iż chce ją wysyłać odrębnie każdemu wykonawcy wchodzącemu w skład konsorcjum (wspólnie ubiegającemu się o zamówienie) i na tej decyzji buduje jednocześnie swoje przekonanie o konieczności wymagania od każdego z wykonawców dysponowania świadectwem bezpieczeństwa I stopnia.

Mając natomiast na względzie fakt, iż tylko przetwarzanie informacji niejawniej w systemie lub sieci teleinformatycznej niejawniej wymagałoby posiadania świadectwa I stopnia, ale już dla samego zapoznania się z jej treścią (czy to w siedzibie Zamawiającego, czy to w siedzibie podmiotu dysponującego świadectwem I stopnia, który otrzymał korespondencję od Zamawiającego) wystarczyłoby – zdaniem Odwołującego - świadectwo bezpieczeństwa III stopnia - stawianie wszystkim wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymogu posiadania świadectwa I stopnia narusza w sposób oczywisty zasadę proporcjonalności.

Odwołujący zgłosił obawy co do naruszenia zasady konkurencyjności, które znajdują oparcie w faktycznych sytuacjach - przetargów przeprowadzonych przez Zamawiającego na usługi ochrony, w których zastosowano warunki udziału w postępowaniu takie jak w niniejszej sprawie.

Powołał się w tym zakresie na informacje z 03.12.2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nr ZP/2020/09/0171/PB, gdzie przy tak rygorystycznych warunkach ofertę złożył tylko jeden wykonawca.

Zauważył również, iż warunki (dot. ochrony informacji niejawnych) takie, jak proponowane przez Odwołującego w ramach wniosków tegoż odwołania, są według wiedzy Odwołującego stosowane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi ochrony przez podmioty, które - jak Zamawiający w tej sprawie - są przedsiębiorcami o szczególnym znaczeniu gospodarczo- obronnym oraz operatorami usługi kluczowej lub właścicielami infrastruktury krytycznej.

Jako przykład Odwołujący wskazał 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, gdzie ustanowiono warunek udziału w postępowaniu analogiczny jak obecnie zawniósł Odwołujący.

Na koniec Odwołujący zaznaczył, iż obecnie (do 1 lipca 2021 r.) samodzielnie, prawidłowo i w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego świadczy na rzecz Zamawiającego usługi w ocenie Odwołującego identyczne co do zakresu z usługami objętymi nowym postępowaniem, w którym wniesiono niniejsze odwołanie (zamówienie nr ZP/2019/02/0027/WRO).

W związku z tym wskazał, iż w poprzednim postępowaniu Zamawiający uznał za wystarczające posiadanie przez wszystkich wykonawców świadectwa III stopnia do klauzuli co najmniej poufnej (Odwołujący ponownie podkreślił, iż warunek posiadania przez wszystkich wykonawców uprawnienia do zapoznawania się z informacjami poufnymi - do czego wystarcza samo świadectwo bezpieczeństwa o co najmniej III stopniu - jawi się dla Odwołującego jako oczywisty) i dotychczasowa praktyka samodzielnej realizacji obecnego zamówienia przez Odwołującego, dysponującego właśnie świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia, pokazała, iż takie świadectwo jest w pełni wystarczające dla możliwości prawidłowego wykonania usługi.

W ocenie Odwołującego brak jest jednocześnie jakichkolwiek przesłanek, które na obecnym etapie uzasadniałyby wprowadzenie surowszej miary oceny jakości usług oczekiwanej przez Zamawiającego - poza samymi wytycznymi wprowadzonymi w ramach grupy, do której należy Zamawiający, a które same w sobie nie mogą w ocenie Odwołującego wyłączać w niniejszej sprawie oddziaływania zasady proporcjonalności i konkurencyjności postępowania (art. 16 UPZP).

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający wskazał, iż różnie między poprzednim i nowym zamówieniem będą widoczne na gruncie szczegółowych warunków realizacji zamówienia udostępnianych wykonawcom na drugim etapie obecnego postępowania (przetarg ograniczony), aczkolwiek dokumentacja dostępna już na obecnym etapie - w szczególności treść wzoru umowy i załączników do umowy na nowe zamówienie, nie zawiera podstaw do formułowania jakichkolwiek wniosków co do istnienia konieczności przetwarzania przy tym zamówieniu informacji o klauzuli poufnej w siedzibie wykonawcy czy w jego własnym systemie teleinformatycznym, a sformułowany np. w § 2.1 ust. 19 pkt 4 tej umowy wymóg „wytwarzania informacji niejawnych w akredytowanym systemie teleinformatycznym przeznaczonym do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufnej” zgodnie z art. 48 ust. 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o

ochronie informacji niejawnych ma w ocenie wykonawcy co najwyżej charakter ewentualny i jako taki jest sformułowany na wyrost - skoro równocześnie żaden zapis umowy czy usługa realizowana przez wykonawcę nie przewiduje po stronie wykonawcy obowiązku wytwarzania informacji niejawnych w systemach teleinformatycznych.

Przypomniał w tym kontekście, iż w na gruncie niniejszego postępowania mamy do czynienia - jak poprzednio - z zamówieniem, którego przedmiotem jest zasadniczo usługa ochrony realizowana przez pracowników ochrony, a ewentualny dostęp do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” będzie się ograniczał wyłącznie do kilku osób organizujących i nadzorujących tę ochronę („Inspektorzy nadzoru ochrony fizycznej”); nie będzie to też dostęp codzienny do takich informacji, jak ma to np. miejsce w przypadku biura projektowego.

Według Odwołującego - potwierdza to w istocie także treść SWZ w aktualnym zamówieniu, w którym Zamawiający wskazuje następujące wymogi dotyczące przedstawienia dokumentów dot. pracowników wykonujących usługi (Rozdział XXI pkt 8 SWZ):

„1) Pracownicy ochrony fizycznej

(...)

d) aktualne upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” wydane przez kierownika jednostki organizacyjnej w rozumieniu art. 2, pkt 14 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742 z późn. zm.) lub aktualne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do informacji niejawnych o klauzuli wyższej oraz aktualne zaświadczenie o odbytym szkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych

(...)

2) Inspektorzy nadzoru ochrony fizycznej:

a) aktualne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” oraz aktualne zaświadczenie o odbytym szkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych;

(...)

3) Pracownicy zabezpieczenia technicznego;

(...)

d) aktualne upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, wydane przez kierownika jednostki organizacyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 14 ustawy o ochronie informacji niejawnych lub aktualne poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli wyższej oraz aktualne zaświadczenie o odbytym szkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych.”

W dniu 5 marca 2021 r. wykonawca Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.16 ust.1-3, art. 112 ust.1 i 2 pkt 4 w związku z art.116 ust.1 ustawy Pzp, art.58 ust.4 i art.117 ust.1 i 3 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do ukształtowania spornego warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że wszyscy uczestnicy konsorcjum zostaliby zobowiązani do posiadania świadectwa przemysłowego I stopnia z dopuszczeniem do klauzuli co najmniej poufne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale X pkt 6 SWZ postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą 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 z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.). W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunek opisany powyżej musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie.

Wymaga wskazania, że stosownie do 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.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Podobnie w art.58 ust.4 ustawy Pzp ustawodawca przyjął, że w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

Dodatkowo, zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Jednocześnie w myśl przepisu 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.

Natomiast, 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 wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust.3 art.117 ustawy Pzp).

Po dokonaniu analizy powyższych przepisów obowiązującego prawa, powołanych przez Odwołującego, jako podstawę prawną zarzutów odwołania Izby uznała, że sporny warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając go jako minimalny poziom zdolności.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest ochrona obiektowa wraz z monitoringiem, wiążąca się z koniecznością wymiany pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą informacji niejawnych wpływających na bezpieczeństwo tej ochrony, w warunkach, gdy chronione obiekty należą do infrastruktury krytycznej i mają kluczowe znaczenie gospodarczo-obronne Izba stanęła na stanowisku, że wymóg posiadania świadectwa bezpieczeństwa I stopnia z klauzulą poufne jest odpowiedni i odpowiadający potrzebom Zamawiającego.

Nie przekonała Izby argumentacja Odwołującego o wystarczającym spełnieniu oczekiwań Zamawiającego takie zorganizowanie przepływu informacji niejawnych poprzez komunikowanie się z wykonawcami wspólnie realizującymi zamówienie w kancelarii tajnej zamawiającego czy jednego z wykonawców, który ma świadectwo bezpieczeństwa I stopnia.

Izba doszła do przekonania, że taki sposób realizacji zamówienia nie zapewnia mobilnego, odpowiednio szybkiego i adekwatnego do zagrożenia systemu ochrony informacji niejawnych.

Należy podkreślić, że przedmiotem zamówienia jest ochrona infrastruktury krytycznej polegająca na wymianie poufnych informacji zawierających obszerne opracowania stanów zagrożeń i instrukcji działania w przypadku takich sytuacji kryzysowych.

W ocenie Izby – irrelevantne dla rozstrzygnięcia tej sprawy jest okoliczność udziału Odwołującego w poprzednich zamówieniach, gdzie Zamawiający dopuścił obowiązek posiadania świadectwa przemysłowego III stopnia i w związku z tym wykonywania przez Odwołującego z tego tytułu umów, biorąc pod uwagę dynamicznie rozwijające się w czasie sytuacje zagrożeń zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych, grożących destabilizacją funkcjonowania infrastruktury krytycznej.

Dodatkowo, wymóg ten jest uzasadniony, bowiem Zamawiający nie znając zakresu działania poszczególnych członków konsorcjum musi mieć gwarancję, że konkretna informacja niejawna trafi jedynie do właściwego adresata, co odpowiada zasadzie art. 4 ust.1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.), który stanowi, że informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na

zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych.

Oceny tej nie zmienia odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 6 z dnia 25 lutego 2021 r. o kierowaniu korespondencji objętej klauzulą poufne do wszystkich konsorcjantów, właśnie z tego powodu, że Zamawiający nie ma pewności w ramach realizacji przedmiotu zamówienia co do tego, do którego z wykonawców będzie w danej sytuacji ową korespondencję kierował. Sam Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał, że niedopuszczalne jest ingerowanie przez Zamawiającego, co do tego z którym z członków konsorcjum będzie prowadził wymianę informacji.

Wobec tego, Izba stanęła na stanowisku, że odpowiednim wymogiem Zamawiającego jest oczekiwanie najwyższego poziomu ochrony zarządzanej przez niego infrastruktury, który jest zagwarantowany w formule świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Stosownie do art.55 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.) w zależności od stopnia zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej wydaje się świadectwo odpowiednio pierwszego stopnia – potwierdzającego pełną zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji.

Pozostałe świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego mają ograniczenia polegające na wyłączeniu możliwości przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach informatycznych (pkt 2 powołanego wyżej przepisu), a także na wyłączeniu możliwości przetwarzania tych informacji w użytkowanych przez nich obiektach (pkt 3 cyt. wyżej przepisu).

Odwołujący zatem posiadając jedynie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia nie może zagwarantować Zamawiającemu możliwości przetwarzania informacji niejawnych uzyskanych od Zamawiającego w posiadanych przez Odwołującego systemie informatycznym.

Przechodząc do rozpoznania kolejnego zarzutu odwołania opartego o przepis art. 16 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny,

Izba dostrzegła, że na rynku występuje kilka podmiotów, które spełniają wymagania zamawiającego w spornym zakresie, co nie może oznaczać sztucznego zawężenia kręgu podmiotów zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie Izba oparła się o dowód Zamawiającego z wykazu firm branży ochrony osób i mienia posiadających ważne Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego I Stopnia sporządzonego według zestawienia strony ABW z dnia 16 marca 2021 r., który nie został przez Odwołującego zakwestionowany, co do podmiotów tam wymienionych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:.....