

**WYROK**

**z 29 czerwca 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2020 roku przez Odwołującego - Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, przy udziale wykonawcy DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego - Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Odwołującego - Agencji Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni kwotę 4 145 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto czterdzieści pięć

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz uzasadnionych kosztów dojazdu na rozprawę, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

7 maja 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp), odwołanie złożył wykonawca Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z procedurą przewidzianą dla zamówień, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp pod nazwą „Ochrona Portu morskiego w Gdyni w latach 2020 – 2024” prowadzi Zamawiający: Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 060-14461 w dniu 25 marca 2020 roku.

Odwołanie złożono od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu polegających na udostępnieniu 27 kwietnia 2020 roku na stronie platformy, na której prowadzone jest postępowanie, zmian Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), polegających na rozszerzeniu katalogu przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania przez zmodyfikowanie postanowień Rozdziału IX ust 16 SIWZ polegających na dopisaniu pkt 6) i 7), jak również dopuszczenia przez Zamawiającego do korzystania z akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „zastrzeżone” przez inne, nieuprawnione podmioty.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 48 ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742, dalej: ooin). w zw. z art. 58 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1145, dalej: Kc) w zw. z art. 14 Pzp, przez dopuszczenie przez Zamawiającego do korzystania z akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „Zastrzeżone” innego podmiotu na podstawie łączącego ich porozumienia, podczas gdy wskazane postanowienie jest sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi i nie może być prawnie skuteczne, co w konsekwencji powoduje, iż nie może być ono brane pod uwagę przy sporządzaniu oferty przez wykonawcę;

2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp przez naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zmianie postanowień SIWZ na wniosek niektórych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny, a w następstwie uznanie, iż dokonana przez Zamawiającego modyfikacja postanowień Rozdziału IX ust. 16 SIWZ polegająca na dopisaniu pkt. 6) i 7) była w pełni uzasadniona, zgodna z przyjętym trybem oraz nie naruszała praw oferentów, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wprowadzenia przez Zamawiającego do SIWZ klauzul wynikających z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, a jednocześnie wpłynęło na znaczne ograniczenie kryteriów przetargu, przejawiające się w „sztucznym” zawężeniu konkurencji, a tym samym działaniu na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wprowadzeniu zmian w treści SIWZ z 27 kwietnia 2020 r. i powrotu do pierwotnych postanowień;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

27 kwietnia 2020 roku Zamawiający udostępnił Odwołującemu zmiany dokonane w treści SIWZ. Zgodnie ze zmianą do Rozdziału IX ust. 16 SIWZ dodane zostały pkt 6) i 7) o następującej treści:

Rozdział IX ust. 16:

- 6) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 , co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W ocenie Odwołującego zmiany dokonane w treści SIWZ były niezgodne z prawem.

Zamawiający naruszył art. 48 ooin w zw. z ark 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp przez dopuszczenie do korzystania z akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „Zastrzeżone”

innego podmiotu na podstawie łączącego ich porozumienia. Wskazane postanowienie jest sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi i nie może być prawnie skuteczne, co w konsekwencji powoduje, iż nie może być brane pod uwagę przy sporządzaniu oferty przez wykonawców. Postanowienie powyższe jest sprzeczne z zasadami ochrony informacji niejawnych - nie znajduje również oparcia w przepisach o ochronie informacji niejawnych, w tym w art. 48 ooin. Zamawiający o przedmiotowej zmianie poinformował w odpowiedzi na pytanie dot. korzystania z akredytowanego systemu teleinformatycznego, powołując się na art. 48 ooin. Zdaniem Zamawiającego ustawa „wyraźnie zezwala na korzystanie z jednego systemu teleinformatycznego przez kilka podmiotów”.

Odwołujący wskazał, że brak jest przepisu zezwalającego na korzystanie z akredytowanego systemu przez inne podmioty, niż podmiot wnioskujący o akredytację. Zgodnie z art. 48 ust. 1 ooin, systemy teleinformatyczne, w których mają być przetwarzane informacje niejawne podlegają akredytacji. Akredytacji systemu do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” udziela kierownik jednostki organizacyjnej/kierownik przedsiębiorcy. Akredytacja następuje po zaakceptowaniu (tj. niewniesieniu zastrzeżeń do akredytacji) przez ABW/SKW do dokumentacji przekazanej przez kierownika przedsiębiorcy organizującej system. Ustawodawca nie dopuszcza akredytacji systemu przez dwóch lub więcej kierowników jednostek organizacyjnych lub udostępniania systemu na podstawie „porozumień”. Termin „porozumienie” w przepisach dot. bezpieczeństwa teleinformatycznego dotyczy wyłącznie możliwości powierzania funkcji „inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego” oraz „administratora systemu” w różnych podmiotach. Ustawodawca dopuścił bowiem, aby za zgodą ABW lub SKW, osoby pełniące takie funkcje (przeszkolone i sprawdzone przez służby) mogły pracować w więcej niż jednej jednostce organizacyjnej na podstawie porozumień właściwych kierowników jednostek organizacyjnych (art. 52 ust. 2 ooin). Jest to jedyna możliwość „zawierania porozumień” przez kierowników przedsiębiorców. Brak jest ustawowej możliwości korzystania z akredytowanego systemu przez inne podmioty na podstawie wzajemnych porozumień. Akredytacja jest dopuszczeniem systemu do przetwarzania informacji niejawnych, w przypadku informacji „zastrzeżonych” na warunkach szczegółowo opisanych przez kierownika jednostki organizacyjnej/kierownika przedsiębiorcy i po zaakceptowaniu przez ABW lub SKW, zaś naruszenie warunków może być powodem wstrzymania przez te służby funkcjonowania systemu (art. 48 ust. 12 ooin). Warty podkreślenia jest również obowiązek spełniania ustawowych wymagań w zakresie ochrony informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” wynikający z art. 54 ust. 10 ooin oraz osób odpowiedzialnych. Za ochronę informacji niejawnych, w szczególności za zapewnienie funkcjonowania tej ochrony odpowiada

konkretny kierownik jednostki organizacyjnej, zaś za zapewnienie przestrzegania przepisów odpowiada zatrudniony przez niego pełnomocnik ds. ochrony informacji niejawnych.

Zgodnie z ustawą ooin, akredytacji systemu do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” udziela kierownik konkretnej jednostki organizacyjnej, za zgodą ABW lub SKW, czyli po zaakceptowaniu procedur bezpieczeństwa, zaś sama zgoda może być cofnięta. W związku z czym, twierdzenie, iż ustawa dopuszcza możliwość korzystania przez wykonawcę z akredytowanego systemu przez inny podmiot na podstawie nieokreślonego porozumienia jest całkowicie bezzasadne. Zgodnie z ustawą ooin możliwość udostępnienia akredytowanego systemu innym podmiotom winno być związana z odpowiednią akceptacją w dokumentacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego bądź wynikać wprost z przepisu prawa. Ustawa ooin w sposób precyzyjny określa zasady ochrony informacji niejawnych oraz wskazuje podmioty uprawnione do jej stosowania. Zamawiający może wymagać od podmiotów ubiegających się o zawarcie umowy zdolności niezbędnych do jej wykonania, w tym także w zakresie zabezpieczenia informacji niejawnych (np. posiadania akredytowanego systemu), ale jedynie w granicach obowiązujących przepisów. Wprowadzenie do SIWZ postanowień sprzecznych z przepisami lub budzących wątpliwości może narazić na niebezpieczeństwo utraty informacji niejawnych lub nieuprawnionego dostępu, a podmioty uczestniczące w przedsięwzięciu na daleko idące konsekwencje. Postanowienie dot. wymogu „posiadania własnego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji o klauzuli „zastrzeżone” (Roz. IX ust. 2 pkt 1 lid d) SIWZ) jest jedynym dopuszczalnym postanowieniem.

Postanowienia SIWZ sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, należy traktować jako nieważne, zaś wykonawca nie może brać ich pod uwagę przy sporządzaniu swojej oferty. Nieważne postanowienia SIWZ, które zostałyby dostrzeżone dopiero po upływie terminu złożenia oferty, skutkowałyby koniecznością odrzucenia ofert wykonawców, z uwagi na brak możliwości dokonania korekt tych ofert. Zbyt dużym ryzykiem jest dla wykonawcy sporządzanie oferty zgodnie ze wszystkimi postanowieniami SIWZ, w sytuacji, w której widoczna jest nieważność poszczególnych jej postanowień. Zgodnie z art. 38 Pzp w zw. z art. 354 § 2 Kc w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego wykonawcy posiada zarówno uprawnienie, jak też obowiązek interwencji w przypadku niezgodności treści postanowień SIWZ przez uzyskanie stosownych wyjaśnień, a następnie modyfikacji dokonywanych na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp. Od profesjonalisty w danej dziedzinie, uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to winno skutkować weryfikacją postanowień SIWZ, celem właściwego przygotowania oferty.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp przez naruszenie zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez zmianę postanowień SIWZ na wniosek niektórych wykonawców, bez uzasadnionej przyczyny. Modyfikacja postanowień Rozdziału IX ust. 16 SIWZ polegająca na dopisaniu punktów 6) i 7) w ocenie Odwołującego nie była uzasadniona oraz naruszała prawa wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego zawężenia konkurencji w postępowaniu.

Art. 38 ust. 4 Pzp stanowi o fakultatywnym uprawnieniu zamawiającego zmiany w uzasadnionych przypadkach treści SIWZ, przed upływem terminu składania ofert. O ile art. 38 ust. 4 Pzp, przewiduje możliwość zmiany SIWZ wynikającej z własnej refleksji zamawiającego, to o wyjaśnienie treści (a w konsekwencji możliwą zmianę) SIWZ mogą zwracać się wykonawcy stosownie do dyspozycji art. 38 ust. 1 Pzp. Należy przy tym przyjąć, że ratio legis takiego rozwiązania wskazuje na swoisty dualizm trybu zmiany SIWZ przed terminem składania ofert. Po pierwsze, jeżeli rozważenie zmiany SIWZ przez wyjaśnienie treści specyfikacji dokonane zostaje na podstawie wniosku lub zapytania wykonawcy, to wówczas zastosowanie będą miały przepisy art. 38 ust. 1-2 Pzp. Art. 38 ust. 4 Pzp będzie natomiast właściwym w sytuacji, w której w wyniku zaistnienia po stronie zamawiającego wątpliwości dotyczących prawidłowego kształtu SIWZ. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał jakoby doszło do uzasadnionej zmiany okoliczności umożliwiającej zmianę dotychczasowych postanowień SIWZ. Zmiana została dokonana w wyniku nacisków ze strony potencjalnych wykonawców. W ocenie Odwołującego naciski te zmierzały jedynie do wykluczenia tej części potencjalnych wykonawców, którzy nie mogliby spełnić wprowadzonych do postanowień SIWZ przesłanek wykluczenia. Działanie takie w sposób bezpośredni narusza podstawowe zasady przeprowadzania postępowań z zakresu zamówień publicznych.

Odwołujący odniósł się do ogólnych wewnątrz wspólnotowych zasad udzielania zamówień, wedle których Zamawiający winien zapewnić równe i niedyskryminujące traktowanie wykonawców oraz prowadzić działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Ponadto, zamówień nie powinno się organizować w sposób mający na celu wyłączenie poszczególnych oferentów, a w konsekwencji jedynie sztuczne zawężania konkurencji.

25 czerwca 2020 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, Zamawiający wskazał, że zarzut nr 2 odwołania został wniesiony po terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 pkt Pzp. Zarzut dotyczy dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ polegającej na dodaniu

do jego treści fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 Pzp. Zamieszczenie informacji na stronie internetowej Zamawiającego (na platformie zakupowej Logintrade dostępnej na stronie internetowej Zamawiającego) o dokonanej zmianie SIWZ w powyższym zakresie nastąpiło 8 kwietnia 2020 r. Tym samym to od tego dnia należało liczyć bieg terminu do wniesienia odwołania na dokonaną czynność. W zakresie zarzutu nr 1 odwołania Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i wniósł o oddalenie zarzutu. W ocenie Zamawiającego kwestionowana przez Odwołującego zmiana treści SIWZ była zgodna z prawem, w tym z przepisami ustawy ooin.

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

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

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 2 odwołania, wobec czego Izba umorzyła postępowania w zakresie tego zarzutu, o czym orzekła w sentencji.

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

Rozdział IX "Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia" w pierwotnym brzmieniu w punkcie 2 wskazywał: „O udzielenie Zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu:

- 1) dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj.: (...)
- d) posiada własny akredytowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „ZASTRZEŻONE”,



zgodnie z warunkami określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz.U. 2011 nr 159 poz. 948) oraz w Rozdziale 8 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U. 2019. poz. 742 t.j.);

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Rozdział X „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” w punkcie 7 wprowadził następujący wymóg: „W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Rozdziale IX SIWZ, tj.: (...)

- 4) oświadczenia o posiadaniu własnego akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji oznaczonych klauzulą co najmniej „ZASTRZEŻONE” – zgodnie z warunkami określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz.U. 2011 nr 159 poz. 948) oraz w Rozdziale 8 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U. 2019. poz. 742 t.j.) zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ”;

Załącznik nr 10 do SIWZ zawierał następującą treść: „Oświadczamy, że posiadamy własny akredytowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji oznaczonych klauzulą co najmniej ZASTRZEŻONE, zgodnie z warunkami określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz.U. 2011 r. nr 159 poz. 948) oraz w Rozdziale 8 ustawy z dnia 05.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U.2019 r. poz. 742 t.j.)”.

Przytoczone wyżej postanowienia SIWZ zostały zmienione przez Zamawiającego 27 kwietnia 2020 r. W zakresie objętym odwołaniem, Rozdział IX punkt 2 ppkt 1 po zmianie zyskał brzmienie: „O udzielenie Zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu:

- 1) dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj.: (...)
- d) posiada własny akredytowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „ZASTRZEŻONE”, zgodnie z warunkami określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa

teleinformatycznego (Dz.U. 2011 nr 159 poz. 948) oraz w Rozdziale 8 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r, o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U. 2019. poz. 742 t.j.); lub korzysta z akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „ZASTRZEŻONE” innego podmiotu na podstawie łączącego ich porozumienia”;

W konsekwencji Zamawiający dokonał również zmiany m. in. treści Załącznika nr 10 do SIWZ: „Oświadczamy, że posiadamy własny akredytowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji oznaczonych klauzulą co najmniej ZASTRZEŻONE, zgodnie z warunkami określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz.U. 2011 r. nr 159 poz. 948) oraz w Rozdziale 8 ustawy z dnia 05.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U.2019 r. poz. 742 t.j.) lub korzystamy z akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „ZASTRZEŻONE” innego podmiotu na podstawie łączącego nas porozumienia”.

W związku z opisaną zmianą Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 48 ooin w zw. z art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp.

Art. 14 ust. 1 Pzp stanowi: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 58 § 1 Kc stanowi: Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba, że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Odwołujący określając naruszone przez Zamawiającego przepisy wskazał art. 48 ooin, ale w rzeczywistości, biorąc pod uwagę uzasadnienie odwołania, zarzut dotyczył przede wszystkim naruszenia art. 48 ust. 9 i 10 ooin, które stanowią:

9. Kierownik jednostki organizacyjnej udziela akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” przez zatwierdzenie dokumentacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego.
10. W przypadku gdy system, o którym mowa w ust. 9, będzie funkcjonował w więcej niż jednej jednostce organizacyjnej, akredytacji, o której mowa w ust. 9, udziela kierownik jednostki organizującej system.

Rozdział IX SIWZ określa warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. Zmiana SIWZ dokonana przez Zamawiającego, a kwestionowana przez Odwołującego dotyczyła treści Rozdziału IX i nie wykraczała poza zakres warunków udziału w postępowaniu. Odwołującemu przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania przeciwko ustanowieniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu naruszającego odpowiednie przepisy Pzp, ale Odwołujący nie postawił takiego zarzutu – ani jako zarzutu samoistnego, ani związanego z naruszeniem przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu Pzp – art. 14 Kc, który to przepis stanowi podstawę do stosowania odpowiednich przepisów Kc, w sytuacji braku odpowiednich regulacji Pzp. Sposób ustanawiania warunków udziału w postępowaniu określa przede wszystkim art. 22 ust. 1a i 1b Pzp, a zarzutu naruszenia tych przepisów Odwołujący nie podniósł. Odwołujący twierdził, że kwestionowana przez niego zmiana SIWZ jest niezgodna z art. 48 ooin w związku z art. 58 § 1 Kc, tj. przepisem Kodeksu cywilnego który ustanawia sankcję nieważności dla czynności prawnej podjętej sprzecznie z ustawą albo w celu jej obejścia. Odwołujący nie wykazał, by na skutek dokonanej przez Zamawiającego zmiany do treści SIWZ doszło lub miało dojść do dokonania przez jakikolwiek podmiot czynności prawnej sprzecznej z ustawą albo zmierzającej do obejścia ustawy na obecnym etapie postępowania i w sposób związany z dokonaną przez Zamawiającego zmianą. Ewentualna nieważność czynności prawnej – umowy między Zamawiającym, a wybranym w postępowaniu wykonawcą, to zdarzenie przyszłe i niepewne. Odwołujący nie wykazał, by kwestionowane przez niego zmienione postanowienie SIWZ skutkowało nieważnością umowy na podstawie art. 58 § 1 Kc – Odwołujący ograniczył się do twierdzenia nie popartego żadnymi dowodami. Odwołujący nie wykazał przy tym istnienia związku przyczynowo-skutkowego między dokonaną przez Zamawiającego zmianą SIWZ i wskazywanym przez Odwołującego skutkiem tej zmiany w postaci bezwzględnej nieważności umowy na realizację przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, w przypadku gdyby oświadczenie o treści zgodnej ze zmienionym postanowieniem SIWZ złożył wykonawca, który w rzeczywistości nie dysponuje akredytowanym systemem teleinformatycznym, bądź też nie będzie mógł korzystać z takiego systemu ze względu na obowiązujące przepisy prawa, to umowa zawarta z takim wykonawcą nie będzie z tej przyczyny nieważna na podstawie art. 58 § 1 Kc. We wskazanej sytuacji wykonawca prawdopodobnie nie byłby w stanie prawidłowo realizować przedmiotu zamówienia, co mogłoby stanowić dla Zamawiającego ewentualną podstawę

do wypowiedzenia umowy. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że skutkiem czynności prawnej nie może być dojście do skutku stosunku prawnego sprzecznego z przepisami prawa albo zasadami współżycia społecznego. Czynność prawna zmierzająca do nawiązania takiego stosunku, czynność prawna dokonana w sposób niezgodny z przepisami lub zasadami współżycia społecznego jest bezwzględnie nieważna, co oznacza, że nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Bezwzględna nieważność czynności prawnej oznacza, że czynność nie wywołuje skutków prawnych od początku i z mocy prawa. Zawarcie umowy z wykonawcą, który niezależnie od faktycznych przyczyn, wbrew złożonym deklaracjom nie jest w stanie realizować umowy o zamówienie publiczne – co do zasady - nie wywołuje opisanego wyżej skutku w postaci bezwzględnej nieważności czynności prawnej.

Wobec dyspozycji art. 192 ust. 7 Pzp i faktu, że Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przepisów dotyczących zasad ustanawiania warunków udziału w postępowaniu Izba nie może orzec, co do zgodności zmienionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu z art. 48 uooin. Odwołujący nie kwestionował treści warunku udziału w postępowaniu, jako takiego, a wskazał jedynie możliwość zaistnienia skutku zmiany SIWZ w postaci bezwzględnej nieważności umowy zawartej z wykonawcą wybranym w postępowaniu, który to zarzut nie potwierdził się. Z tego względu Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny i oddaliła go, o czym orzekła w sentencji.

**Przewodniczący:** .....