

POSTANOWIENIE

z dnia 1 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **1 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **24 listopada 2015 r.** przez wykonawcę: **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Respekt System P. M., ul. Dęblińska 18/13, 24-100 Puławy** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa Jednostkę Wojskową Nr 4809, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.
- Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego wykonawcy **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Respekt System P. M., ul. Dęblińska 18/13, 24-100 Puławy** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE TED 2015/S 221-403019 z 14.11.2015 r. oraz 2015/S 224-407893 na „Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne /SUFO/ na rzecz jednostek”, dnia 24 listopada 2015 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Respekt System P. M., z siedzibą w Puławach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 16 listopada 2015 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 listopada 2015 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż jego interes do wniesienia odwołania wynika z faktu, że zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia uniemożliwiają lub ograniczają dostęp do ubiegania się zgodnie z przepisami ustawy Pzp o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie poszczególnych, jak i wszystkich części zamówienia. Szkoda, jaką może ponieść wykonawca z powodu naruszenia przez zamawiającego zarzucanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp, odnosi się do korzyści, jakie mógłby osiągnąć odwołujący z tytułu wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej „ustawy Pzp”, to jest: art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące oraz nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert sformułowanie zapisów projektu umowy w zakresie § 4 pkt 9 i § 4 pkt 14 ppkt 6 projektu umowy (stanowiącej załącznik nr 7g do SIWZ), polegające na braku określenia, czy wykonawca powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, jakiego stopnia, dotyczącego jakiej klauzuli tajności oraz możliwości przetwarzania informacji

niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych, czy też wystarczająca będzie sama zgoda Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służby Kontrwywiadu do przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych.

W związku z podniesionymi powyżej zarzutami, odwołujący zgłosił następujące żądania:

1) nakazania zamawiającemu doprecyzowania zapisów projektu umowy w zakresie § 4 pkt 9 i § 4 pkt 14 ppkt 6 projektu umowy (stanowiącej załącznik nr 7g do SIWZ) poprzez zamieszczenie w nich uregulowań rozstrzygających kwestie podniesione w powyżej przedstawionym zarzucie;

2) nakazania wydłużenie terminu do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu do dnia 21 grudnia 2015 r.

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mającej zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, jak niżej.

W zakresie zarzutu pierwszego wskazał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu przetargowym żąda, aby pracownicy wykonawcy posiadali poświadczenia/upoważnienia o klauzuli zastrzeżone lub wyższej oraz ważne przeszkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych. W § 4 pkt 9 projektu umowy, zamawiający postanowił, że „Instrukcja ochrony o klauzuli noszącej znamiona „Zastrzeżone” po podpisaniu niniejszej umowy, zostanie opracowana w terminie do 7 dni nie później jednak niż w dniu rozpoczęcia świadczenia usługi przez przedsiębiorcę Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej /SUFO/ oraz Dowódcę Jednostki Wojskowej Nr 1230 Warszawa-Wesoła zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2011r. (Dz. U. nr 288 poz. 1692).”

Z kolei w § 4 pkt 14 ppkt 6 projektu umowy zostało przewidziane, że „Wykonawca w okresie obowiązywania niniejszej umowy zobowiązuje się (natychmiast) do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o zaistnieniu nw. sytuacji: (6) cofnięciu koncesji, świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego”.

Odwołujący poczytał cytowane wyżej postanowienia SIWZ za niespójne, a zarazem wykazujące brak jednoznacznego określenia wymagań, jakie są zawarte w opisie przedmiotu, które sprawiają, że wykonawca nie może przy tego typu zapisach ocenić, czy jest w stanie oraz w jaki sposób - spełnić wymóg zamawiającego w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Odwołujący zaznaczał, iż zakładając, że sporządzenie Instrukcji Ochrony we własnych systemach teleinformatycznych spełni wymóg zamawiającego niezbędnym jest

czas, aby powołać przez wykonawcę Pion ochrony informacji niejawnych, Kierownika jednostki organizacyjnej, Pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych. Inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego oraz administratora bezpieczeństwa teleinformatycznego. Należy zakupić odpowiedniej klasy sprzęt komputerowy oraz sporządzić niezbędną dokumentację na podstawie, której ABW wyda zgodę na przetwarzanie dokumentów niejawnych o klauzuli zastrzeżone.

Zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010r., nr 182, poz. 1228), „przetwarzaniem informacji niejawnych” - są wszelkie operacje wykonywane w odniesieniu do informacji niejawnych i na tych informacjach, w szczególności ich wytwarzanie, modyfikowanie, kopiowanie, klasyfikowanie, gromadzenie, przechowywanie, przekazywanie lub udostępnianie. Dokumentacją bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego -jest dokument szczególnych wymagań bezpieczeństwa (SWB) oraz dokument procedur bezpiecznej eksploatacji (PBE) systemu teleinformatycznego, opracowane zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o ochronie informacji niejawnych.

W zakresie organizacji ochrony systemów teleinformatycznych przeznaczonych do przetwarzania krajowych informacji niejawnych, kierownik jednostki organizacyjnej, w której są przetwarzane informacje niejawne, odpowiada za ich ochronę, w szczególności za zorganizowanie i zapewnienie funkcjonowania tej ochrony. Kierownik jednostki organizacyjnej wyznacza:

a) Pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych, zwanego „Pełnomocnikiem ochrony”, który odpowiada za zapewnienie przestrzegania przepisów o ochronie informacji niejawnych. Do zadań pełnomocnika ochrony należy m.in. zapewnienie ochrony systemów teleinformatycznych, w których są przetwarzane informacje niejawne oraz zarządzanie ryzykiem bezpieczeństwa informacji niejawnych, w szczególności szacowanie ryzyka. W przypadku stwierdzenia naruszenia w jednostce organizacyjnej przepisów o ochronie informacji niejawnych pełnomocnik ochrony zawiadamia o tym kierownika jednostki organizacyjnej i podejmuje niezwłocznie działania zmierzające do wyjaśnienia okoliczności tego naruszenia oraz ograniczenia jego negatywnych skutków, przy czym w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów o ochronie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej pełnomocnik ochrony zawiadamia niezwłocznie również odpowiednio ABW lub SKW;

b) Inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego - pracownika lub pracowników pionu ochrony, odpowiedzialnych za weryfikację i bieżącą kontrolę zgodności funkcjonowania systemu teleinformatycznego ze szczególnymi wymaganiami bezpieczeństwa oraz przestrzegania procedur bezpiecznej eksploatacji;

c) Administratora systemu - osobę lub zespół osób, niepełniących funkcji inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego, odpowiedzialnych za funkcjonowanie systemu teleinformatycznego oraz za przestrzeganie zasad i wymagań bezpieczeństwa przewidzianych dla systemu teleinformatycznego. Stanowiska lub funkcję administratora systemu i inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego mogą zajmować lub pełnić osoby posiadające:

- obywatelstwo polskie, z wyjątkiem pracowników pionu ochrony zatrudnionych u przedsiębiorców
- odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie, o którym mowa w art. 21 ust. 4 pkt 1 UOIN
- zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych
- zaświadczenie o odbytym specjalistycznym szkoleniu z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego prowadzonym przez ABW lub SKW.

W zakresie akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego systemów teleinformatycznych przeznaczonych do przetwarzania krajowych informacji niejawnych odwołujący wskazał, że systemy teleinformatyczne, w których mają być przetwarzane krajowe informacje niejawne, podlegają akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego, której udziela się na czas określony, nie dłuższy niż 5 lat. Systemy teleinformatyczne przeznaczone do przetwarzania krajowych informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” są akredytowane przez kierownika jednostki organizacyjnej przez zatwierdzenie dokumentacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego. W ciągu 30 dni od udzielenia akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, kierownik jednostki organizacyjnej przekazuje odpowiednio ABW lub SKW dokumentację bezpieczeństwa akredytowanego przez siebie systemu teleinformatycznego. Wraz z ww. dokumentacją bezpieczeństwa (SWB i PBE) Kierownik jednostki organizacyjnej przesyła „Oświadczenie dotyczące udzielenia akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego”, w którym wskazuje termin obowiązywania udzielonej w trybie art. 48 ust. 9 ustawy o ochronie informacji niejawnych akredytacji. W ciągu 30 dni od otrzymania dokumentacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego ABW albo SKW może przedstawić kierownikowi jednostki organizacyjnej, który udzielił akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego, zalecenia dotyczące konieczności przeprowadzenia dodatkowych czynności związanych z bezpieczeństwem informacji niejawnych. Kierownik jednostki organizacyjnej w terminie 30 dni od otrzymania zalecenia informuje odpowiednio ABW lub SKW o realizacji zaleceń. W szczególnie uzasadnionych przypadkach ABW albo SKW może nakazać wstrzymanie

przetwarzania informacji niejawnych w systemie teleinformatycznym posiadającym akredytację bezpieczeństwa teleinformatycznego.

Odwołujący zaznaczał, że posiadanie świadectwa bezpieczeństwa np. III stopnia o klauzuli poufne lub wyższej nie rozwiązuje przedstawionego problemu. Okazuje się bowiem, że samo posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia daje rękojmię, iż wykonawca zachowa w poufności informacje niejawne, z tym, że będzie się on mógł z nimi zapoznawać tylko u zamawiającego. To świadectwo nie upoważnia wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone w systemach teleinformatycznych, gdyż nie otrzymał on zgody na ABW lub SKW na takie przetwarzanie.

Dlatego też odwołujący potrzymał żądanie, aby zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ, opisie przedmiotu zamówienia lub projekcie umowy, czy wykonawca powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego ze wskazaniem jego stopnia i klauzuli tajności oraz możliwość przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych, czy też wystarczającym będzie sama zgoda ABW lub SKW do przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych.

Dla porównania, odwołujący przedstawił dowód w postaci wyjaśnień do SIWZ w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego, oznaczonym: ZP/88/2015. W odpowiedzi z dnia 16 listopada 2015 r. udzielonej na pytanie wykonawcy w danym postępowaniu, zamawiający w sposób precyzyjny określił wymagania związane z ochroną informacji niejawnych jakie musi spełnić wykonawca w zakresie posiadanych uprawnień.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący argumentował, że uzyskanie zgody na przetwarzanie informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych wymaga określonych nakładów i czasu jaki wykonawca musi przeznaczyć, aby taką zgodę uzyskać z ABW lub SKW zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa tj. 30 dni od złożenia dokumentacji. W związku z powyższym za zasadne uznał wydłużenie terminu składania ofert do dnia 21 grudnia 2015 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2015 r. podał, że uznaje zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 tej ustawy w zakresie przedstawionym w treści odwołania, tj. zarzut braku określenia, czy wykonawca powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, jakiego stopnia, dotyczące jakiej klauzuli tajności oraz możliwości przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych, czy też wystarczająca będzie sama zgoda Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służby Kontrwywiadu do przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych.

Zamawiający podał, że uznaje żądanie wyszczególnione przez odwołującego, dotyczące doprecyzowania zapisów projektu umowy w zakresie § 4 pkt 9 i § 4 pkt 14 ppkt 6 projektu umowy (stanowiącej załącznik nr 7g do SIWZ).

Zamawiający informował, że spełnienie powyższego żądania odbyło się poprzez usunięcie z zapisu projektu umowy (załącznik nr 7g do SIWZ) w § 4 pkt 9 i § 4 pkt 14 ppkt 6 treści „*świadczenia bezpieczeństwa przemysłowego.*” Informacja o zmianie została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący w dniu 1 grudnia 2015 r. za pośrednictwem faksu powiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego, „*z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2015 r. całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.*”

Z ostrożności procesowej w przypadku, gdyby Izba nie uznała odpowiedzi na odwołanie zamawiającego - jako uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, odwołujący oświadczył, że „*Na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych cofam ww. odwołanie oraz stosownie do przepisu art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp wnoszę o zwrot 90% uiszczonego w dniu 24 listopada 2015 r. wpisu od odwołania (...), z uwagi na cofnięcie odwołania przed otwarciem rozprawy w przedmiotowej sprawie.*”

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za oświadczenie woli - uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym bardziej, że sam odwołujący w dniu 1 grudnia 2015 r. za pośrednictwem faksu potwierdził, iż działania zamawiającego wyczerpują w całości zarzuty przedstawione w złożonym odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W

takiej sytuacji, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znosi się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), który stanowi, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił zarzuty w całości przed otwarciem rozprawy, albo posiedzenia z udziałem stron - Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczanej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....