

Sygn. akt: KIO 1058/14

POSTANOWIENIE
z dnia 10 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie:	Grzegorz Matejczuk Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 10 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. przez **wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13**

przy udziale **wykonawcy Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1058/14 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 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 2013r., poz. 907 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dzierżawę łączny telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowanym w dniu 16 maja 2014r. pod numerem 2014/S 094-165308.

W dniu 26 maja 2014r. odwołanie wniósł wykonawca Orange Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2014r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 maja 2014r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy:

1. art. 22 ust. 4 i 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z opisem przedmiotu zamówienia i do niego nieproporcjonalny nie pozwalający na weryfikację zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia,
2. art. 22 ust. 5 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 23 ust. 2 i 3 przez nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia względem wykonawców samodzielnie z uwagi na zaniechanie żądania od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do dokonywania określonych czynności oraz niepodleganie wykluczeniu z postępowania – takich jak od wykonawców działających samodzielnie,
3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 36a ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców w związku z wymaganiami posiadania wyłącznie przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego skutkiem czego pozwolenia na ominięcie przepisów ustawy i udział w realizacji zamówienia publicznego z dostępem do informacji niejawnych podwykonawców nie posiadających uprawnień w tym zakresie.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu przez:

1. doprecyzowanie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia i jednoznacznie określenie wymagań co do przedmiotu wykonanej usługi – przez wykreślenie

- wieloznacznego pojęcia „dzierżawa sieci telekomunikacyjnych” oraz dostosowanie zakresu wymaganej usługi do przedmiotu zamówienia,
2. wymaganie od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawienia:
 - a) dokumentów wymienionych w pkt. III.2.1. ppkt. 1 lit e – h ogłoszenia o zamówieniu
 - b) oświadczenia wymienionego w pkt III.2.1. ppkt. 2 lit c ogłoszenia o zamówieniu,
 3. odstąpienie od żądania załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu prac (czynności) powierzonych podwykonawcom (wzór nr 7)
 4. sformułowanie wymagania dotyczącego warunków powierzenia podwykonawcom części zamówienia związanych z dostępem do informacji niejawnych, polegającego na obowiązku posiadania przez podwykonawcę właściwego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne oraz obowiązku zagwarantowania przez podwykonawcę bezpieczeństwa dostaw przez zastosowanie określonych w ogłoszeniu środków zmniejszających ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10% dzierżawionych łączy (pkt III.1.4. ogłoszenia o zamówieniu)
ewentualnie
 5. zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia związanych z dostępem do informacji niejawnych wymagających posiadania przez podmiot je realizujący świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne z zagwarantowaniem bezpieczeństwa dostaw przez zastosowanie określonych w ogłoszeniu środków zmniejszających ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10% dzierżawionych łączy.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcom ubiegającym się o zamówieniu, którego interes może doznać uszczerbku, z uwagi na sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu, weryfikacji spełniania tych warunków, jak również opis wymagań związanych z realizacją zamówienia zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu odwołujący posiada obiektywną wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości ubiegania się o zamówienie potrzebę uzyskania rozstrzygnięcia zgodnie z żądaniami opisanym w pkt 7. Na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy przez brak precyzji w opisie warunków udziału w postępowaniu jak również niekonsekwentny opis wymagań dotyczących realizacji zamówienia odwołujący mający niewątpliwie interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Nieprawidłowe działanie zamawiającego skutkować może bowiem złożeniem wniosków o

dopuszczenie do udziału dużej liczby wykonawców, w tym wykonawców nie posiadających wiedzy i doświadczenia związanych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji – z uwagi na ograniczoną liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert, pozbawić odwołującego możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał na krótki opis zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu

Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa oraz: 1) udostępnienie sygnału synchronizacyjnego w punktach styku sieci; 2) uruchomienie systemu monitoringu łączy; 3) wybudowanie punktów dostępowych do sieci telekomunikacyjnej wykonawcy; 4) uruchomienie odcinków doprowadzeniowych łączy. Odwołujący uważa, że przy takim sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia i do niego nieproporcjonalny, nie dający możliwości zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wymaga bowiem, aby wykonawca wykazał że wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonanie a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie, co najmniej jednego zamówienia na terenie Unii Europejskiej dotyczącego dzierżawy łączy lub sieci telekomunikacyjnych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Posłużenie się sformułowaniem „sieci telekomunikacyjnych” jest, w ocenie odwołującego dalece nieprecyzyjne, szerokie i ma skutek w postaci braku związania z przedmiotem zamówienia i proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 36 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. z 2014r. poz 243 ze zm. – dalej Prawo telekomunikacyjne) sieć telekomunikacyjna to systemy transmisyjne oraz urządzenia komunikacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju. Pojęcie to - jak widać - jest szerokie i obejmuje szereg elementów, które nie wchodzą w zakres usług będącej przedmiotem zamówienia. Definicja sieci telekomunikacyjnej zawiera również elementy występujące w definicji telekomunikacji, wskazujące rodzaj czynności wykonywanych w sieci, możliwe do zastosowania w sieci media transmisyjne oraz sposób transmisji. Przy tak opisanym warunku udziału w postępowaniu, jak dokonał tego zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3) ppkt 1)), wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyć mogą podmioty, które nie posiadają doświadczenia w realizacji usług odpowiadających

przedmiotowi zamówienia. Sformułowanie „dzierżawa sieci telekomunikacyjnych” jest nieprecyzyjne, niejednoznaczne. Zamawiający nie będzie miał możliwości zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Takie zaś działanie, według odwołującego, jest nie tylko niezgodne z przepisami ustawy jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, ale nadto godzi w interes wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji zamówień odpowiadających przedmiotowi zamówienia - w tym odwołującego. Wykonawcy ci bowiem będą konkurowali o zamówienie z podmiotami nie posiadającymi należytych kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia - a to z uwagi na niedostosowanie warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

W kontekście ogłoszenia o zamówieniu, w ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieuprawniony zróżnicował wymagania dla wykonawców występujących samodzielnie oraz dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do żądanych oświadczeń i dokumentów potwierdzających posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia winien przedłożyć -odrębnie - dokumenty wymienione w pkt 111.2.1) ppkt 1) lit. b - d) ogłoszenia o zamówieniu,

b) aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału;

c) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału;

d) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału;

Zamawiający nie wymaga przy tym, by każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył pozostałe oświadczenia i dokumenty wymagane w celu

potwierdzenia posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu od samodzielnie występującego wykonawcy, tj.:

- e) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału;
- f) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału;
- g) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 131e ust. 1 pkt 2 ustawy - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału;
- h) kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem, aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych.

Działanie takie, w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie przepisów ustawy, w tym w szczególności podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że wszyscy wykonawcy łącznie oraz każdy uczestnik wspólnej oferty osobno, muszą być traktowani jak wykonawca. Rodzi to stosowne konsekwencje w zakresie wykazywania spełnienia warunków określonych na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy oraz w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy. W tym ostatnim przypadku każdy pojedynczy wykonawca uczestniczący w składaniu wspólnej oferty musi wykazać, iż nie podlega wykluczeniu. Natomiast łącznie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie powinni spełniać warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Tylko taki bowiem sens, zdaniem odwołującego, mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o zamówienie.

Co do oceny posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności - art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, wobec niejednoznacznego stanowiska doktryny i orzecznictwa należy każdy przypadek analizować odrębnie. Dany wykonawca jest obowiązany posiadać uprawnienia do tej części zamówienia publicznego, którą będzie wykonywał (P. Wiśniewski, [w:] A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów*, UZP, Warszawa 2006). Prezentowany jest pogląd, że posiadanie uprawnień jest warunkiem mającym charakter osobisty, co sugerowałoby niemożność łącznego posługiwania się takim uprawnieniem.

Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np. uchwała z dnia 13.05.2011 r. sygn. KIO/KU 41/11, wyrok z dnia 11.01.2013r. sygn. KIO 2876/12.

Z uwagi na powyższe zamawiający winien żądać od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z osobna zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego oraz kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem, aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz szczególne warunki związane z jego wykonaniem istotne jest, by każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego w stopniu określonym przez zamawiającego. Wszyscy bowiem wykonawcy - z uwagi na wprowadzoną w art. 141 ustawy solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - będą mieli w związku z wykonywaniem umowy dostęp do informacji niejawnych. Solidarna odpowiedzialność oznacza pełną odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum za wykonanie całej umowy niezależnie od ustalonego między członkami konsorcjum podziału zadań.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych nie przewiduje formy prawnej „konsorcjum” jako jednolitego podmiotu prawnego podlegającego przepisom ustawy. Każda spółka (wykonawca) stanowi odrębny podmiot prawny i powinna spełniać wymagania tej ustawy przy realizacji umów związanych z dostępem do informacji niejawnych. Definicja przedsiębiorcy zawarta w art. 2 pkt 13, obowiązująca na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych, wskazuje:

„13) przedsiębiorcą -jest przedsiębiorca w rozumieniu art 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007r. Nr 155, poz. 1095, z późn. zm.3)) lub każda inna jednostka organizacyjna, niezależnie od formy własności, którzy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zamierzają realizować lub realizują związane z dostępem do informacji niejawnych umowy lub zadania wynikające z przepisów prawa;”

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymaga również od wykonawców przedłożenia oświadczenie o posiadaniu umowy ramowej z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2005 roku w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz.U. z 2005 r. Nr 207, poz. 1736 ze zm.) - pkt 111.2.1) ppkt 2f"lit) c) ogłoszenia o zamówieniu. Dokument ten - jak wynika z treści ogłoszenia - przedstawić może wyłącznie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2005r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. nr 207, poz. 1736), organizator wojskowego systemu

telekomunikacyjnego prowadzi negocjacje i zawiera umowy ramowe i szczegółowe z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi wskazanymi w przepisach wydanych na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz.U. Nr 122, poz. 1320 ze zm.) w sprawach:

- a) połączeń sieci (budowy punktów styku sieci),
- b) udostępniania łączy, traktów analogowych i kanałów cyfrowych w publicznej sieci telekomunikacyjnej do budowy elementów wojskowego systemu telekomunikacyjnego i jego rozbudowy, (...)

Z tej przyczyny, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany jest wymagać od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z osobna złożenia oświadczenia o posiadaniu umowy ramowej z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego - o ile każdy z tych wykonawców jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym wymienionym w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 października 201 Or. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo - obronnym (tekst jedn. Dz. U. z2014r. poz. 303).

Odwołujący nadmienił, że zamawiający potwierdził słuszność tego stanowiska w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu w przedmiocie zawarcia umów ramowych na świadczenie usług satelitarnych, znak sprawy 20/2/PN-1/14 styczeń 2014 - w odpowiedziach na zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pytanie: " Dotyczy par. 13 ust. 10 Projektu Umowy Ramowej - Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo, wymagając jednocześnie akceptacji powierzenia wykonania czynności zamówienia innemu podmiotowi. Wykonawca zwraca się o wyjaśnienie w jaki sposób będzie przebiegać taka akceptacja oraz czy jeśli przedłoży umowę ramowa podpisaną przez podwykonawcę z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego (OWST), zamawiający w dalszym ciągu będzie mógł zakwestionować możliwość udziału danego podwykonawcy w realizacji zamówienia?

Odpowiedź:

„Paragraf 13 ust. 10 dotyczy sytuacji, gdy wykonawca będzie chciał korzystać z innego podwykonawcy, niż tego, którego umowa ramowa z OWST została przedłożona Zamawiającemu przed podpisaniem Umowy Ramowej.”

W pkt 111.1.4) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że:

„Realizacja zamówienia związana jest z dostępem do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą tajne, wobec czego wykonawca musi dysponować świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 182 poz. 1228 z późn. zm.), I stopnia o klauzuli tajne. Potwierdzeniem spełnienia wymagania jest złożenie

kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

W celu potwierdzenia zapewnienia bezpieczeństwa dostaw zamawiający będzie wymagał aby od dnia 02.08.2015 roku w sieci teleinformatycznej wykonawcy funkcjonującej na potrzeby zarządzania infrastrukturą poprzez którą wykonawca będzie świadczył usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych zastosowanie miały poniższe środki zmniejszające ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10 % dzierżawionych łączy:

- system kontroli zmian konfiguracji,*
- system ochrony przed kodem złośliwym,*
- system zabezpieczenia sieci zarządzającej,*
- system kontroli nośników wymiennych (możliwość selektywnego lub pełnego blokowania przyłączenia nośników nieuprawnionych),*
- system identyfikacji i uwierzytelniania użytkowników,*
- system identyfikacji i usuwania podatności technicznych.*

Potwierdzeniem spełnienia wymagania jest złożenie do dnia 2.8.2015r. stosownego oświadczenia przez wykonawcę, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia (oświadczenie może być zastąpione certyfikatem zgodności z PN-ISO/IEC 27001)."

Jednocześnie Zamawiający dopuścił udział w realizacji zamówienia podwykonawców - nie ograniczając tego udziału żadnymi wymaganiami związanymi z dostępem do informacji niejawnych. Oznacza to według odwołującego, że wykonawca - który samodzielnie winien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego z uwagi na dostęp przy realizacji zamówienia do informacji niejawnych, może powierzyć część zamówienia - również związaną z dostępem do informacji niejawnych, podwykonawcy nie posiadającemu stosownego świadectwa. Takie sformułowanie wymagań co do warunków realizacji zamówienia w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawców, którzy korzystać będą z podwykonawców - w stosunku do wykonawców samodzielnie realizujących zamówienie.

Odwołujący zaznaczył, że forma zaproponowanego opisu udziału podwykonawców w postępowaniu może doprowadzić do niezamierzonego przez zamawiającego dopuszczenia do udziału w realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia podmiotów nieposiadających stosownych uprawnień do realizacji kontraktów o szczególnie wrażliwym charakterze tj. z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa. Zamawiający nie sprecyzował bowiem przy wykorzystaniu czyjej sieci teleinformatycznej

wykonawca zobowiązany będzie realizować zamówienie - sieci będącej własnością wykonawcy, czy też sieci udostępnionej wykonawcy przez podwykonawców.

Zamawiający oczekuje, iż w sieci teleinformatycznej wykonawcy, funkcjonującej na potrzeby zarządzania infrastrukturą, poprzez którą wykonawca będzie świadczył usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, zastosowanie miały określone w ogłoszeniu środki zmniejszające ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10 % dzierżawionych łączy. Potwierdzeniem powyższego ma być pisemne oświadczenie wykonawcy, bądź też przedstawienie certyfikatu zgodności z PN-ISO/IEC 27001. Jest to zasadne zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy wykonawca korzystać będzie wyłącznie z własnej sieci teleinformatycznej dla potrzeb świadczenia usługi. W przypadku natomiast, gdy wykonawca wykorzysta sieć teleinformatyczną udostępnioną przez inny podmiot (podwykonawcę w rozumieniu przepisów ustawy), oświadczenie wykonawcy, czy też certyfikat zgodności dotyczący wykonawcy nie będą wystarczające i nie potwierdzą spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego. Nie obejmą bowiem sieci w tej części, w której dostarczona zostanie przez podwykonawcę. Zakładając, że wykonawca skorzysta z sieci udostępnianej przez podwykonawców w co najmniej 1/10 (10% dzierżawionych łączy) - przy braku zapewnienia przez podwykonawcę tych samych zabezpieczeń, jakie są wymagane od wykonawcy, nie można wykluczyć wystąpienia niedostępności w jednym czasie powyżej 10% dzierżawionych łączy.

Z powyższych przyczyn, dopuszczając udział podwykonawców w realizacji zamówienia w pełnym zakresie - a więc również w części dotyczącej wykorzystania sieci teleinformatycznej podwykonawców dla świadczenia usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych - zamawiający winien, według odwołującego, postawić dla podwykonawców tożsame wymagania dotyczące szczególnych warunków realizacji zamówienia, jak te wymagane od wykonawcy. Konieczne jest w niniejszym zamówieniu żądanie, by sieć udostępniana przez podwykonawców gwarantowała bezpieczeństwo dostaw, poprzez zastosowanie określonych w ogłoszeniu środków zmniejszające ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10 % dzierżawionych łączy, tj.:

- system kontroli zmian konfiguracji,
- system ochrony przed kodem złośliwym,
- system zabezpieczenia sieci zarządzającej,
- system kontroli nośników wymiennych (możliwość selektywnego lub pełnego blokowania przyłączenia nośników nieuprawnionych),
- system identyfikacji i uwierzytelniania użytkowników,
- system identyfikacji i usuwania podatności technicznych.

Potwierdzeniem powyższego w ocenie odwołującego winno być pisemne oświadczenie podwykonawcy udostępniającego sieć teleinformatyczną dla potrzeb realizacji zamówienia, bądź też przedstawienie przez danego podwykonawcę certyfikatu zgodności z PN-ISO/IEC 27001. Dodatkowo, w celu zapewnienia właściwej realizacji zamówienia i spełnienia postawionych przez zamawiającego wymagań dotyczących bezpieczeństwa sieci informatycznej zasadne jest sformułowanie wymagania dotyczącego warunków powierzenia podwykonawcom części zamówienia związanych z dostępem do informacji niejawnych, polegającego na obowiązku posiadania przez podwykonawcę właściwego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne. Ewentualnie, zamawiający - zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy, uprawniony jest zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia związanych z:

- dostępem do informacji niejawnych, wymagających posiadania przez podmiot je realizujący świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne,
- zagwarantowaniem bezpieczeństwa dostaw poprzez zastosowanie określonych w ogłoszeniu środków zmniejszające ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10 % dzierżawionych łączy.

Na marginesie odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazy prac (czynności) powierzonych podwykonawcy. Takie żądanie - na aktualnym etapie postępowania, w tym wobec nieznajomości dokładnego zakresu przedmiotu zamówienia - jest nadmierne i niezasadne.

W dniu 26 maja 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na stronie internetowej.

W dniu 29 maja 2014r. pisemnie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odwołujący zmierza do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 maja 2014r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 29 maja 2014r.

W dniu 3 czerwca 2014r. zamawiający wniósł do Izby odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uznaje zarzuty i żądania wyszczególnione przez odwołującego w:

- 1) ust. 7 pkt 1 odwołania w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia;
- 2) ust. 7 pkt 2 ppkt 2.1 odwołania w zakresie wymagania od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów wymienionych w pkt 111.2.1) ppkt 1) lit. e - h ogłoszenia o zamówieniu;
- 3) ust. 7 pkt 3 odwołania w zakresie odstąpienia od żądania załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu prac (czynności) powierzonych podwykonawcy (wzór nr 7).

Spełnienie powyższych żądań odbyło się poprzez skierowanie w dniu 30.05.2014 r. do publikacji w Dz.U. UE ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu dostosowujące zapisy do żądań wykonawcy oraz poprzez dokonanie w dniu 26.05.2014 r. zmian w formularzu zamieszczonym na stronie internetowej Resortowego Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi (www.rczsiut.wp.mil.pl) w zakładce zamówienia publiczne.

Natomiast zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego w zakresie stawianych zarzutów i żądań wyszczególnionych przez odwołującego w:

- 1) ust. 7 pkt 2 ppkt 2.2 odwołania w zakresie wymagania od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów wymienionych w pkt 111.2.1) ppkt 2) lit. c ogłoszenia o zamówieniu. Stanowisko takie wynika z faktu, że zamawiający nie może ograniczyć składu podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie wyłącznie do przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Ograniczenie, o którym mowa wyżej, stałoby w jawnej sprzeczności z istotą tworzenia konsorcjów na potrzeby uzyskania zamówienia. Powyższe w żaden sposób nie koliduje z koniecznością posiadania - przez każdego z przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących lub ubiegających się wspólnie o zamówienia dotyczące świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz resortu obrony narodowej - umowy ramowej z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego, co wynika z rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2005 roku w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz.U. z 2005 r. Nr 207, poz. 1736 ze zmianami). Uściślenie zapisu w ogłoszeniu o zamówieniu przekazano w dniu 30.05.2014 r. do publikacji w Dz.U. UE.
- 2) ust. 7 pkt 4 odwołania w zakresie wymagania od wszystkich podwykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne oraz zagwarantowania przez podwykonawcę bezpieczeństwa dostaw poprzez zastosowanie określonych w ogłoszeniu środków zmniejszających ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10 % dzierżawionych łącz.

Zdaniem zamawiającego, na obecnym etapie postępowania, wobec nieznamości przez wykonawcę pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, zarzuty dotyczące bezwzględnego

wymagania od podwykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne są nadmierne i niezasadne. Uwzględnienie żądania odwołującego w ewidentny sposób naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że nawet z ogólnego określenia przedmiotu zamówienia przedstawionego w ogłoszeniu o zamówieniu wynika, iż znaczna część zamówienia nie powinna być realizowana przy ograniczeniach wynikających z ochrony informacji niejawnych oraz wymogu bezpieczeństwa dostaw, tym samym ewentualni podwykonawcy nie muszą spełniać rygorystycznych wymagań w tym zakresie stawianych wykonawcy. Zamawiający uważa, że nie może ograniczać konkurencji podając za warunek, że podwykonawca realizujący dla wykonawcy np. roboty budowlane ma posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli tajne, gdyż uzależnione to jest od wielu czynników kwalifikujących dane zamierzenie do odpowiedniego poziomu klauzuli niejawności. To właśnie wykonawca decydujący się na zatrudnienie podwykonawcy określa w stosunku do niego wymagania adekwatne do stopnia przekazywanych informacji niejawnych.

Jednocześnie, zamawiający uwzględnił konieczność zagwarantowania przez podwykonawcę bezpieczeństwa dostaw poprzez zastosowanie określonych w ogłoszeniu środków zmniejszających ryzyko ataku informatycznego skutkującego niedostępnością w jednym czasie powyżej 10 % dzierżawionych łączy. Dotyczy to tylko podwykonawców będących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, dzierżawiącymi swoje łącza na potrzeby zamówienia w części dotyczącej bezpieczeństwa dostaw w zakresie swoich zasobów. Ww. uściślenia zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu przekazano w dniu 30.05.2014 r. do publikacji w Dz.U. UE.

Na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 10 czerwca 2014r. odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia Netia SA.

Izba wydała postanowienie oddalające zgłoszoną opozycję.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty z ust. 7 pkt. 2 ppkt. 2.2. i z ust. 7 pkt 4 odwołania, w ze złożonej odpowiedzi na odwołanie wynika, że pozostałe zarzuty zostały przez zamawiającego uwzględnione, co oznacza, że odwołanie w całości zostało uwzględnione i wniósł o umorzenie postępowania.

Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca nie wniósł sprzeciwu. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego przystępujący nie wniósł sprzeciwu, a odwołujący cofnął sporne pomiędzy stronami zarzuty. Cofnięcie wywołuje skutek ex nunc, stąd należało ocenić sporne zarzuty jako niepodniesione w odwołaniu, zaś w pozostałym zakresie zamawiający uznał odwołanie. W tej sytuacji należało ocenić zaistniałą sytuację, jako uwzględnienie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....