

**WYROK**  
z dnia 5 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Członkowie:** Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A)w dniu 19 listopada 2018 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Zamościu przy ul. Fryderyka Szopena 3 (22-400 Zamość), **Ekspert Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110 (02-593 Warszawa) (sygn. akt KIO 2388/18);

B)w dniu 19 listopada 2018 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Ekspert Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110 (02-593 Warszawa), **Team Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Magazynowej 11a lok. 63 (02-652 Warszawa), **Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Zamościu przy ul. Fryderyka Szopena 3 (22-400 Zamość) (sygn. akt KIO 2389/18)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu** ul. Wojska Polskiego 2F (22-400 Zamość)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach przy ul. Jesionowej 9A (40-159 Katowice), **DGP Dozorbud Grupa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Legnicy przy ul. Najświętszej Marii Panny 5E (59-220 Legnica), **DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Sopocie przy Al. Niepodległości 775/2 (81-805 Sopot), **Dersław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Połańcu, Zawada 26 (28-230 Połaniec), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2388/18 i KIO 2389/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1**

**A.**Uwzględni odwołanie wniesione przez wykonawców wspólne ubiegających się o zamówienie: Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu, Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 9 listopada 2018 r. polegające na wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz skierowaniu zaproszenia do składania ofert na części nr 1, 2, 3, 4 i nakazuje ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego się (sygn. akt KIO 2388/18);

**B.**Uwzględni odwołanie wniesione przez wykonawców wspólne ubiegających się o zamówienie: Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Team Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 9 listopada 2018 r. polegające na wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz skierowaniu zaproszenia do składania ofert na części nr 5, 6, 7, 8 i 9 i nakazuje ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wniosku Odwołującego się (sygn. akt KIO 2389/18).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego (sygn. akt KIO 2388/18 oraz sygn. akt KIO 2389/18) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólne ubiegających się o zamówienie: Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu, Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2388/18) oraz Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Team Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 2389/18) tytułem wpisu od odwołań;

2.2. zasądza od Zamawiającego (sygn. akt KIO 2388/18 oraz sygn. akt KIO 2389/18) na rzecz wykonawców wspólne ubiegających się o zamówienie: Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu, Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2388/18) oraz Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Team Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 2389/18) kwotę **37.200 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisami

od odwołań oraz wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołujących w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2388/18 oraz sygn. akt KIO 2389/18, w tym:

2.2.1na rzecz: Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. kz siedzibą w Zamościu, Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2388/18) kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy);

2.2.2na rzecz: Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Team Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. kz siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 2389/18) kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy);

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zamościu.

Przewodniczący.....

Członkowie: .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2388/18**  
**KIO 2389/18**

### Uzasadnienie

W postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego – 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie *usługi całodobowej ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób i mienia realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne w jednostkach i instytucjach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym w 32 Wojskowym Oddziale Gospodarczym w Zamościu*(nr postępowania: ZPO/PO/36/2018) ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 9 sierpnia 2018 r. 2018/S 152-350053, wobec czynności wykluczenia z postępowania, zostały wniesione w dniu 19 listopada 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. kz siedzibą w Zamościu, Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2388/18) oraz Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Team Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji Z.M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 2389/18). Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2388/18 i KIO 2389/18 przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: DGP Security Partner Sp. z o.o. z/s w Katowicach, DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z/s w Legnicy, DGP Provider Sp. z o.o. z/s w Sopocie, Derśław Sp. z o.o. z/s w Połańcu.

Przed otwarciem rozprawy w dniu 19.10.2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na oba odwołania, w których wnosił o ich oddalenie.

Ponieważ zarzuty oraz argumentacja prezentowane w obu odwołaniach są wspólne, ustalenia jak i rozstrzygnięcie Izby odnoszą się łącznie do obu odwołań, które różnią się wyłącznie częściami, w jakich czynności Zamawiającego zostały zakwestionowane. W obu odwołaniach zarzuty dotyczą czynności wykluczenia z postępowania Odwołujących w oparciu o wspólną podstawę prawną oraz faktyczną, wynikającą z udziału w obu Konsorcjach tej samej spółki, której dotyczy podstawa wykluczenia z postępowania.

W obu odwołaniach Odwołujący kwestionują czynności polegające na braku zaproszenia Wykonawców do złożenia ofert oraz ich wykluczenia z postępowania w zakresie części: nr 1, 2, 3 i 4 (sygn. akt KIO 2388/18) oraz 5, 6, 7, 8 i 9 (sygn. akt KIO 2389/18).

Odwołujący zarzucają Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, lub też naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, podczas gdy Odwołujący w ww. zakresie przedstawił wyłącznie prawdziwe informacje na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a gdyby nawet przyjąć, iż do tego doszło, to wprowadzenie nie było efektem celowego działania lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy oraz spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu;
- b) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niedopuszczenie Odwołującego do składania ofert w sytuacji, gdy decyzja o wykluczeniu została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów Ustawy, w szczególności brak było podstaw do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 131e ust. 1 pkt 5 oraz art. 24 ust. 4 Ustawy;
- c) art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 66 OIN w zw. z art. 7 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na naruszenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 OIN, podczas gdy taka sytuacja nie nastąpiła;
- d) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na nieprawidłowym przeprowadzeniu czynności i w konsekwencji nieprawidłowym uzasadnieniu podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz, w konsekwencji, niedopuszczeniu Konsorcjum do składania ofert, przez niewykazanie istnienia podstaw do wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12, 13-14, 16-17 Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w sytuacji, gdy ciężar wykazania takich okoliczności spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący wnosili o uwzględnienie odwołań, nieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz czynności oceny spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z

uwzględnieniem wniosków odwołujących się Konsorcjów.

W odwołaniach prezentowana jest wspólna argumentacja dotycząca wadliwości decyzji o wykluczeniu Odwołujących z postępowania, odnosząca się do wykazania braku oparcia w przepisie art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Odwołujący spełniają warunki udziału w postępowaniu na dzień złożenia wniosku (8.09.2018 r.) i nie posiadali wiedzy o wydaniu decyzji w przedmiocie cofnięcia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Decyzje, na które powołał się Zamawiający zostały doręczone spółce, która złożyła oferty wspólne, w dniu 11.09.2018 r. Nie sposób zatem uznać, że złożone oświadczenie było wadliwe (nieprawdziwe lub celowo/umyślnie wprowadzające Zamawiającego w błąd). Zamawiający nie miał podstaw do powołania się na spełnienie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zamawiający uwzględnił informacje zawarte w piśmie nr 37943/18 Inspektora Wsparcia Sił Zbrojnych o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego spółce Ekspert Security Sp. z o.o. do klauzuli „TAJNE nr SBPN024213T do klauzuli „NATO SECRET” nr SBPU024313T oraz do klauzuli „SECRET UE/EU SECTRE” nr SBPU024413T. Decyzje Sz Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego zostały wydane w dniu 7.09.2018 r., a doręczone zostały w dniu 11.09.2018 r. Składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (10.09.2018 r.) spółka ta nie posiadała wiedzy o wydanych decyzjach. Decyzja administracyjna wywołuje skutki z chwilą jej doręczenia, nie zaś z dniem jej wydania.

Wykluczenie z postępowania było działaniem przedwczesnym, gdyż Zamawiający nie dopełnił przewidzianych obowiązków i dokonał błędnej oceny wniosku.

Zamawiający ustalił wymóg dysponowania potencjałem technicznym, tj. posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą ZASTRZEŻONE zgodnie z ustawą OIN oraz dysponowania pionem ochrony informacji niejawnych. Oznacza to, że do prawidłowego wykonania zamówienia nie wymagane posiadanie wyższego statusu klauzuli niż „ZASTRZEŻONE”. Zatem cofnięcie wobec spółki Ekspert Security Sp. z o.o. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego do klauzuli „TAJNE” (i innych) nie powinno mieć dla przedmiotowego postępowania żadnego znaczenia. Wykluczenie Wykonawcy nie posiadającego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego klauzuli „TAJNE” lub wyższej, w sytuacji gdy Zamawiający nie wymagał spełnienia takiego warunku, jest działaniem sprzecznym z przepisami Pzp i stanowi błędną interpretację przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ponadto, Spółka ta posiada członka zarządu – Kierownika Jednostki Organizacyjnej, posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli TAJNE ważne do 25.05.2023 r. oraz zatrudnia Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych legitymującego się poświadczeniem bezpieczeństwa o klauzuli ŚCIŚLE TAJNE ważne do 24.02.2019 r. Powyższe potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego wpływającego na zdolność Odwołującego do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE”, zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Ponadto, warunki udziału spełnia Lider Konsorcjum (posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „POUFNE”), co nie było kwestionowane na żadnym etapie postępowania. Zgodnie z art. 54 ust. 9 OIN, gdy przedsiębiorca zamierza wykonywać umowy związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, świadectwo nie jest wymagane. Dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, wydane przez ABW albo SKW (art. 54 ust. 2 OIN). W przedmiotowym postępowaniu posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, w tym o klauzuli „TAJNE” nie jest warunkiem udziału w postępowaniu i brak jego posiadania (czy też jego utrata) nie świadczy o nie spełnieniu warunków określonych przez Zamawiającego i nie pozbawia prawa do udziału w postępowaniu. Nie ma podstaw do wniosku, iż Wykonawca utracił wiarygodność niezbędną do powierzenia mu wykonywania zamówienia związanego ze świadczeniem usług. Uczestnik Konsorcjum obecnie świadczy na rzecz Zamawiającego usługę o tożsamym przedmiocie zamówienia na analogicznych warunkach dostępu do informacji oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE”, a Zamawiający nie ma wątpliwości co do właściwej jego realizacji, w tym w zakresie zdolności Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” czy posiadanej przez Uczestnika Konsorcjum wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Sam fakt cofnięcia świadectwa Uczestnikowi Konsorcjum o klauzuli wyższej, niż wymagana w postępowaniu, nie oznacza, iż Konsorcjum nie może chronić informacji niejawnych. Decyzje Szefa ABW o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego zostały zaskarżone przez Spółkę Ekspert Security Sp. z o.o. w trybie odwołania do Prezesa Rady Ministrów z dnia 25.09.2018 r. Przyczyną była odmowa wydania poświadczeń o klauzuli „TAJNE”, „NATO SECRET”, „SECRET UE/EU SECRET” dla Pani M.P., która od dnia 1.03.2018 r. nie pełni funkcji Prezesa Zarządu, a od dnia 20.09.2018 r. nie jest także współnikiem Ekspert Security Sp. z o.o. Postępowanie jakie toczyło się wobec niej nie ma żadnego wpływu na świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydane na rzecz Ekspert Security Sp. z o.o. i oceny wiarygodności tego podmiotu.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek do odrzucenia odwołań, które zostały skierowane na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniami objęte zostały te czynności i zaniechania Zamawiającego, których efektem było określenie kręgu podmiotów, do jakich skierowane zostało zaproszenie do złożenia ofert, Wykonawcy niedopuszczeni do dalszego udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, mają interes w tym, aby żądać zweryfikowania prawidłowości oceny ich wniosków, której konsekwencją było wykluczenie Odwołujących się z postępowania. Należy zauważyć, iż w postępowaniu dwuetapowym moment zaproszenia do złożenia ofert jest istotnym dla dalszego toku postępowania i zasadniczo kończy etap weryfikacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zasadniczo w tym momencie należy kwestionować decyzje zamawiającego o braku zaproszenia lub zaproszeniu do składania ofert innych wykonawców. Odwołujący, jako Wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, posiadali w momencie wnoszenia odwołań interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie zamykały im drogę do złożenia ofert. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Rozpoznając odwołania Izba uwzględniła stan faktyczny wynikający z treści ogłoszenia o zamówieniu, decyzji o cofnięciu świadectw bezpieczeństwa przemysłowego spółce Ekspert Security Sp. z o.o. oraz złożonych w sprawie dowodów i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

#### **Izba ustaliła.**

Zamawiający w piśmie z dnia 9.11.2018 r. – zaproszeniu do składania ofert wskazał, iż odwołujące się Konsorcja nie spełniają warunków udziału w postępowaniu w zakresie części zamówienia na, jakie złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Do Zamawiającego w dniu 1.10.2018 r. wpłynęło pismo nr 37943/18 z Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, w którym poinformowano go o cofnięciu spółce Ekspert Security Sp. z o.o. (współkonsorcjantowi obu Odwołujących się) świadectw bezpieczeństwa przemysłowego. Z treści załącznika wynika, iż Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w dniu 7.09.2018 r. cofnął spółce świadectwa bezpieczeństwa: trzeciego stopnia do klauzuli „TAJNE” nr SBPK024213T, trzeciego stopnia do klauzuli „NATO SECRET” nr SBPN024313T, trzeciego stopnia do klauzuli „SECRET UE/EU SECRET” nr SBPU024413T, jednocześnie informując, że spółka nie posiada świadectw bezpieczeństwa przemysłowego, co w konsekwencji powoduje, że nie posiada zdolności do ochrony informacji niejawnych. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający powołał się na przesłankę z art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy, w której przewidziano wykluczenie wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Według Zamawiającego, formalnym przejawem braku wiarygodności Wykonawców jest cofnięcie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w drodze decyzji wydanej na podstawie art. 66 Ustawy o ochronie informacji niejawnych (OIN). W myśl przepisów podmiot taki nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Zamawiający wskazał na oświadczenie z dnia 8.09.2018 r. członka Konsorcjów, w którym potwierdził, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania już po dacie cofnięcia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego (decyzja z 7.09.2018).

Odwołujący złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 10.09.2018 r. odpowiednio na części: 1, 2, 3, 4 (Odwołujące Konsorcjum: Biuro Szybkiej Interwencji Z. Mroczek i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k.; Ekspert Security Sp. z o.o. – dalej jako Konsorcjum BSI) oraz 5, 6, 7, 8, 9 (Odwołujące Konsorcjum: Ekspert Security Sp. z o.o.; Team Consulting Sp. z o.o., Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k. – dalej jako Konsorcjum Ekspert).

Zgodnie z sekcją II.1.5 ogłoszenia przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia całodobowej usługi ochrony osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO), w podziale na części od 1 do 10, które odpowiadają kompleksom wojskowym ujętym w danej strukturze organizacyjnej jednostek. W opisie kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych (sekcja III.2.3) Zamawiający wymagał wykazania, iż wykonawca posiada zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” zgodnie z OIN wraz z dysponowaniem pionem ochrony informacji niejawnych, a także posiada kancelarię tajną (komórkę organizacyjną) zdolną do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „zastrzeżone”, system informatyczny umożliwiający przetwarzanie informacji o klauzuli „zastrzeżone”. Ponadto wobec pracowników zabezpieczenia technicznego oraz kierownika komórki organizacyjnej przetwarzającej informacje niejawne określone zostały wymagania dotyczące, m.in. poświadczenia bezpieczeństwa/upoważnienia kierownika jednostki do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”.

#### **Izba zważyła.**

Zasadniczo istota zarzutów stawianych Zamawiającemu sprowadzała się do zakwestionowania zastosowania wobec Konsorcjum BSI oraz Ekspert przesłanki wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy, która wymaga uznania, iż Wykonawcy nie posiadają wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, o jakiej mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (OIN). Z uwagi na udział w obu Konsorcjach spółki Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której cofnięto świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego decyzjami ABW, przekazany drogą służbową Zamawiającemu do wykorzystania, Zamawiający uznał, iż cofnięcie świadectwa wyczerpuje normę przepisu, mającą charakter niezależny od oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, iż będąc związany decyzjami ABW, nie ma podstaw do odmowy zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wykonawcy, który utracił wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Przesądającą dla takiej oceny była okoliczność wydania decyzji z dnia 7.09.2018 r. o cofnięciu świadectw bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia o nr SBPK024213T, SBPN024313T oraz SBPU024413T, których podstawą było stwierdzenie przez ABW utraty zdolności do ochrony informacji niejawnych. Z uzasadnienia przedłożonych decyzji wynika, iż przyczyną, która doprowadziła do stwierdzenia utraty przez spółkę zdolności do ochrony informacji niejawnych były niedające się usunąć wątpliwości określone w art. 24 ust. 2 pkt 1-3 lub 5 lub w art. 24 ust. 3 OIN ujawnione w toku postępowania bezpieczeństwa przemysłowego w stosunku do osoby - udziałowca większościowego, który chociaż nie zasiadał w organach zarządzających, kontrolnych, to posiadał realny wpływ na podejmowane decyzje. Ponieważ wobec tej osoby wydano odmowną decyzję wydania poświadczenia bezpieczeństwa, na podstawie art. 66 ust. 3 pkt 1 OIN ABW wydało decyzję o cofnięciu spółce posiadanych świadectw bezpieczeństwa przemysłowego.

Odnosząc się do opisanej sytuacji faktycznej, na wstępie należy zauważyć, iż postępowanie prowadzone jest według zasad ustalonych dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, opisanych w rozdziale 4a Ustawy. Zgodnie z art. 131e ust. 2 Ustawy *Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1.* Zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego (zwane „świadectwem”), zgodnie z art. 54 OIN potwierdza zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, warunkując dostęp przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa. W przypadku, gdy przedsiębiorca zamierza wykonywać umowy związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli

„zastrzeżone”, świadectwo nie jest wymagane (art. 54 ust. 9 OIN).

Zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych (OIN) ABW lub SKW są obowiązane do cofnięcia przyznanego przedsiębiorcy świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, stwierdzając równocześnie utratę zdolności do ochrony informacji niejawnych, jeżeli w wyniku sprawdzenia przedsiębiorcy z urzędu lub ustalení kontroli ochrony informacji niejawnych zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności wskazanych w art. 66 ust. 2 OIN: nastąpiła odmowa wydania lub cofnięcie poświadczenia bezpieczeństwa osobie lub osobom, które zajmują stanowiska kierownika przedsiębiorcy (1), brak możliwości ustalenia struktury kapitałowej i źródeł pochodzenia środków finansowych pozostających w dyspozycji przedsiębiorcy (2), utrata funkcjonalności systemu informacji niejawnych (3), podania nieprawdziwych danych lub zatajenia danych w ramach przekazywanych ABW albo SKW informacji o zmianach danych zawartych w kwestionariuszu (4). Na podstawie art. 66 ust. 3 OIN Organy te mogą cofnąć świadectwo, stwierdzając utratę zdolności do ochrony informacji niejawnych również z powodu: ujawnienia w wyniku sprawdzeń osób wymienionych w art. 57 ust. 2 pkt 4, w toku postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, niedających się usunąć wątpliwości określonych w art. 24 ust. 2 pkt 1-3 lub 5 lub w art. 24 ust. 3, a także niewykonania przez przedsiębiorcę obowiązku, o którym mowa w art. 70 ust. 1 OIN. Zgodnie z art. 66 ust. 4 OIN o cofnięciu świadectwa ABW albo SKW zawiadamia niezwłocznie jednostk organizacyjne, które zawarły umowy z przedsiębiorcą.

Współkonsorcjantowi obu Odwołujących się – spółce Ekspert Security sp. z o.o., cofnięto decyzjami administracyjnymi świadectwa, od których wniosła odwołanie do Prezesa Rady Ministrów (pismo z dnia 25.09.2018 r.). Odwołanie to nie zostało rozpoznane do dnia zamknięcia rozprawy przed KIO.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do argumentu, iż Zamawiający nie był uprawniony do badania wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania opisanej w art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy, gdyż w postępowaniu dotyczącym zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, obowiązuje zasada dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 131e ust. 2 Ustawy). Przede wszystkim należy wskazać, iż przesłanka z art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy stanowi niezależną od oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu podstawę weryfikacji podmiotowej przedsiębiorcy ubiegającej się o zamówienie „obronne”. Tym samym nie mają do niej zastosowania zasady dotyczące badania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy. W art. 131e ust. 2 Ustawy dotyczy nie tylko momentu, na jaki należy potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ale także obejmuje ocenę wiarygodności przedsiębiorcy, o jakiej mowa w przesłance do wykluczenia z postępowania ujętej w ustępie 1 pkt 5 Ustawy. Tym samym, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu określającego procedurę, jaka obowiązuje dla postępowań z dziedziny obronności, oceny podmiotowej wykonawcy należało dokonać na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Niezależnie od tej wytycznej Izba odniosła się również do oceny sytuacji, jaka zaistniała w związku z cofnięciem świadectw bezpieczeństwa przemysłowego w dacie późniejszej niż dzień, w którym złożone zostały wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, istotnym dla tej oceny pozostawało to, czy Zamawiający prawidłowo uznał, iż decyzje o cofnięciu świadectw stanowią podstawę do przyjęcia, że przedsiębiorca został uznany za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. W ocenie Izby takiej podstawy nie daje samo cofnięcie świadectw. Wprawdzie literalnie przepis art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy wskazuje na cofnięcie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, jako stanu w którym można stwierdzić utratę wiarygodności, to nie należy tracić z uwagi zapisu wcześniejszego, w którym mowa o jest o uznaniu wykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa. Powyższe skłania do wniosku, iż dla zastosowania sankcji w postaci wykluczenia z postępowania wykonawcy, któremu cofnięto świadectwo przemysłowe, koniecznym pozostaje stwierdzenie przez uprawnione podmioty, iż utracił on wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. W ocenie Izby, nie jest zasadnym stawianie znaku równości pomiędzy cofnięciem świadectwa i uznaniem utraty wiarygodności, która może zagrażać bezpieczeństwu państwa. Należy bowiem uwzględnić, iż w każdym przypadku oceny tej powinny dokonać organy uprawnione (ABW/SKW), a ona ta nie zamyka się w samym stwierdzeniu utraty zdolności do ochrony informacji niejawnych, która stanowi uzasadnienie dla cofnięcia świadectwa. Do wniosku takiego skłaniają nieliczne, odnotowane w orzecznictwie KIO przykłady wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy, w których zamawiający dysponowali oceną podmiotu zewnętrznego wskazującą wprost na utratę wiarygodności, o jakiej mowa w tym przepisie (por. sygn. akt KIO 2394/16, sygn. akt KIO 2365/17). W ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie to Zamawiający uznał, iż wykonawca utracił wiarygodność, chociaż z uzasadnienia decyzji administracyjnych nie wynika, aby ABW prowadziła w tym zakresie ocenę. Potwierdza to również mail z ABW z dnia 9.11.2018 r. przedstawiony przez Zamawiającego na rozprawie w temacie dotyczącym „opinii w sprawie wiarygodności”. Zamawiający otrzymał odpowiedź z Departamentu Ochrony Informacji Niejawnych ABW, w której poinformowano go, że w związku z tym, że podmioty, o których mowa w piśmie, realizują umowy w jednostkach organizacyjnych będących we właściwości Służby Kontrwywiadu Wojskowego, w ocenie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, możliwym jest zwrócenie się do SKW o wyrażenie ewentualnej opinii dot. wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wymienionych w piśmie wykonawców. Powyższe prowadzi do wniosku, iż cofnięcie świadectwa przez ABW nie wypełnia przesłanki, w której mowa jest o uznaniu utraty wiarygodności, do czego uprawnione są właściwe organ państwowe. W niniejszej sprawie oceny tej nie dokonała ani ABW, ani SKW. To Zamawiający uznał, iż cofnięcie świadectwa oznacza, że Wykonawcy utracili wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Okolicznością, która również przemawia za uchyleniem skuteczności decyzji o wykluczeniu Konsorcjów z postępowania jest fakt, że przedmiotowe zamówienie nie wymaga posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, której potwierdzeniem jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego. W postępowaniu tym udział wziąć mogli przedsiębiorcy, którzy nie byli poddani procedurze bezpieczeństwa przemysłowego i nie uzyskali pozytywnej oceny zdolności ochrony informacji niejawnych. Z drugiej strony można postawić Odwołujących, którzy uzyskali pozytywną ocenę trzeciego stopnia dla klauzuli „tajne”. Samo cofnięcie wobec współkonsorcjanta świadectwa nie oznacza, iż Wykonawcy utracili zdolność do ochrony informacji o klauzuli „zastrzeżone”, dla której spełnić należy wymagania opisane w OIN. Uwzględniając zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można stawiać w gorszej sytuacji przedsiębiorcy, który poddany był ocenie służb i która ostatecznie okazała się dla niego niekorzystna z sytuacją wykonawcy, który takiemu sprawdzeniu nie był poddawany. Ponadto należałoby analogicznie jak przy cofnięciu świadectwa traktować sytuację kiedy dochodzi do wygaśnięcia

świadectwa na skutek upływu jego ważności. W każdym z tych przypadków wykonawcy nie mogą być uznani za posiadających zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, co nie oznacza automatycznie, że nie spełniają warunków do przetwarzania informacji o klauzuli „zastrzeżone”.

Na zakończenie Izba wskazuje na brak spójności stanowiska Zamawiającego, który wyklucza Konsorcja z postępowania, jako niewiarygodne, a jednocześnie realizuje umowy na tożsamy przedmiot zamówienia z udziałem spółki Ekspert Security Sp. z o.o., chociaż celem dla którego w OIN ustalono obowiązek poinformowania jednostek organizacyjnych, które posiadają zawarte umowy z przedsiębiorcą, któremu cofnięto świadectwo, jest ocena możliwości realizacji umów bądź zadań, z którymi może łączyć się dostęp do informacji niejawnych.

Podsumowując, Izba uznała, iż ocena Zamawiającego dotycząca wiarygodności Konsorcjów miała charakter arbitralny, gdyż nie została oparta na ocenie dokonanej przez właściwą służbę państwową. Wytyczne zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L. 216 z 20.8.2009 r., str. 76 z późn. zm.) wskazują na możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego (art. 39 ust. 2 lit e). Zgodnie z motywem 65 wykluczenie wykonawcy jest możliwe w przypadku, gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Punkt (e) nie przyznaje całkowitej dyskrecjonalności zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi być oparte na ryzyku dla bezpieczeństwa Państwa Członkowskiego. Zamawiający musi być przygotowany do wykazania, jeśli to konieczne, w toku specjalnych procedur odwoławczych, że istnieją obiektywne i weryfikowalne czynniki wskazujące na brak wiarygodności, który powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa kraju. Odnosząc się do tej części argumentacji Izba uznała, iż decyzja Zamawiającego nie znajdowała oparcia w materiale dowodowym – złożonych decyzjach administracyjnych. Właściwym środkiem dowodowym dla oceny wiarygodności wykonawców są organy państwowe, prowadzące działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie. Ponieważ Zamawiający nie przedstawił stosownego dowodu Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby wiarygodność Konsorcjów została uznana za niewystarczającą do ochrony bezpieczeństwa państwa.

W świetle powyższego odwołania zasługiwały na uwzględnienie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 6 . ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołujące się Konsorcja oraz koszty Odwołujących się związane z reprezentacją w obu sprawach na podstawie przedłożonych rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....