

WYROK
z dnia 15 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Honorata Łopianowska
Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2014 r. przez wykonawcę **MAW Telecom International S.A, ul. Starościńska 1, 02-516 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

(1) Comarch S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Cenrex Sp. z o. o., (3) Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Wdrożeniowe Armpol Sp. z o.o., (4) Transbit Sp. z o. o., adres dla pełnomocnika: Al. Jana Pawła II/39a, 31-864 Kraków, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **MAW Telecom International S.A, ul. Starościńska 1, 02-516 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **MAW Telecom International S.A, ul. Starościńska 1, 02-516 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Sygn. akt: KIO 2510/14 Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp], w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest "Dostawa w latach 2015-2022 Mobilnych Modułów Stanowiska Dowodzenia szczebla oddział/pododdział (MMSD o/p)." Odwołanie w tym postępowaniu zostało wniesione przez wykonawcę **MAW TELECOM INTL S.A.** z siedzibą w Warszawie [Odwołujący]. Zdaniem wykonawcy w tym postępowaniu naruszony został:

- 1) art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na bezpodstawne wykluczenie **MAW TELECOM INTL S.A.** z udziału w postępowaniu;
- 2) art. 51 Pzp z uwagi na dokonanie niewłaściwej oceny spełniania warunków przez wykonawców, w następstwie czego błędnie poinformowano wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach dokonanej oceny;

- 3) art. 24 ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 4 Pzp z uwagi na niewskazanie w piśmie informującym o wykluczeniu szczegółowych podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zastosowanie w przypadku wniosku złożonego przez Odwołującego nadinterpretacji przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp, co świadczy o powadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny spełniania warunków przez wykonawców i czynności poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz czynności wykluczenia z postępowania firmy MAW TELECOM INTL S.A., a następnie dokonanie ponownej oceny złożonych wniosków, z uwzględnieniem wniosku Odwołującego.

Odwołujący podał, że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a decyzja o wykluczeniu go z postępowania uniemożliwia mu złożenie oferty i pozyskanie przedmiotowego zamówienia. To działanie doprowadziło do naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i naraziło go na uszczerbek w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty korzyści związanych z realizacją umowy. Odwołujący, jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu jest tym samym legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podniósł, że przedmiotowe postępowanie, prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów Dyrektywy

3

2009/81/WE oraz przepisów rozdziału 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych. W piśmie z dnia 20 listopada, 2014 r., informującym o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie wniosku wnoszącego odwołanie wykonawcy Zamawiający podał, że „Istotą bezpieczeństwa dostaw jest zapewnienie nie tylko pewności czy terminowości dostaw, ale także spełnienie wymagań związanych z długim okresem użytkowania sprzętu wojskowego, z czego wynika potrzeba wsparcia logistycznego, modernizacji oraz kontynuacji dostaw w długim okresie czasu, a w szczególności stałej dostępności i zdolności w dziedzinie konserwacji i napraw; co bezpośrednio wpływa na zobowiązania gwarancyjne i serwisowe, szczególnie w sytuacjach kryzysowych. Z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynikających z realizacji umów na potrzeby MON przez wykonawcę wynika, że nie zapewnił on bezpieczeństwa dostaw. W zrealizowanych uprzednio umowach nie wykonywał/nienależycie wykonywał obowiązki wynikające z udzielonych gwarancji. Fakt niewywiązywania się ze zobowiązań umownych Wykonawca argumentował brakami kadrowymi jak również brakiem potencjału technicznego i logistycznego. Powyższe świadczy o tym, iż Wykonawca nie daje gwarancji zdolności do zrealizowania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw. Na etapie realizacji umów na rzecz MON stwierdzono m.in.: nienależytą realizację zobowiązań gwarancyjnych oraz serwisowych, poprzez nieterminową likwidację powstałych uszkodzeń, nienaprawianie sprzętu w wymaganym zakresie, brak zwrotu sprzętu po naprawie, nie przedłużenie terminu gwarancji np: (1) w umowie nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z aneksami (5) z 10.04.2008 (SYSTEM VCS) - nie wywiązywanie się ze zobowiązań gwarancyjnych lub realizowanie ich jedynie w wybiórczy sposób. Nieoddawania sprzętu po naprawie. (2) W umowie nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z 11.10.2011 (TACAN 2010) wystąpiły opóźnienia w realizacji zapisów gwarancyjnych umowy, oraz uchylenie się od przedłużania okresu gwarancji wyrobu po naprawie”. Zdaniem Zamawiającego powyższe jednoznacznie wskazuje, że Odwołującego można uznać za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego stwierdził, że zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych "Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się 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". Wprawdzie z treści pisma Nr

wykluczenie jest uzasadnione okolicznościami świadczącymi o naruszeniu zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw, jednakże z treści ostatniego zdania wynika, iż Odwołujący został uznany za podmiot nieposiadający wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący podniósł także, że przepis art. 131e ust., 1 pkt. 5 Pzp koresponduje z brzmieniem art. 39 Dyrektywy 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Wskazany art. 39 Dyrektywy podaje listę przypadków, w których kandydat lub oferent może zostać wykluczony z udziału w procedurze udzielania zamówienia. Ustęp pierwszy, zawiera wykluczenia obowiązkowe związane ze skazaniem prawomocnym wyrokiem sądu za niektóre przestępstwa, ustęp drugi zaś daje instytucji zamawiającej margines dowolności w podjęciu decyzji o wykluczeniu kandydatów lub oferentów, którzy dopuścili się określonych form wykroczeń zawodowych. Z kolei w art. 39 ust. 2 wskazano kryteria wykluczenia związane z bezpieczeństwem dostaw, podając, że „Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który: (...) d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, takiego jak na przykład pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia; e) na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”.

Wykonawca podkreślił, że litera d) odnosi się wyraźnie do naruszenia zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w trakcie poprzednich zamówień. Obejmuje to naruszenia zobowiązań wobec innych instytucji/podmiotów zamawiających, bez względu na państwo członkowskie, w którym mają siedzibę. Mimo, że dyrektywa nie wymaga skazania prawomocnym wyrokiem sądu, dość mocne określenia „jest winny” oraz „udowodnionego” oznaczają, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi opierać się na obiektywnych i wiarygodnych informacjach, jeżeli chce na tej podstawie wykluczyć z procedury. Z kolei litera e) odnosi się do związku kandydata/oferenta, między bezpieczeństwem dostaw i wiarygodnością kandydata lub oferenta, który pojawia się również w motywie 67. Ze względu na szczególną newralgiczność pewnych zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem, postanowienie to umożliwia instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu udowodnienie braku wiarygodności „na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych”. Motyw 65 precyzuje, że „wykluczenie wykonawców powinno być również możliwe w przypadku, gdy instytucja zamawiająca posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego

źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zagrożenie takie może wynikać z niektórych cech produktów dostarczonych przez kandydata lub z jego struktury własności”.

Kwestie wiarygodności oraz wykorzystywanie danych pochodzących z chronionego źródła będzie prawdopodobnie bardziej istotne w kontekście bezpieczeństwa informacji. Jednakże mogą one również mieć znaczenie dla bezpieczeństwa dostaw, ponieważ to ostatnie zależy wyraźnie zarówno od wiarygodności dostawcy, jak i jakości dostarczonego sprzętu. Z drugiej strony, wykorzystywanie danych pochodzących z chronionych źródeł, jako środków dowodowych z pewnością będzie ograniczone do bardzo wyjątkowych przypadków. Zdaniem wykonawcy litera e) nie daje nieograniczonej dowolności podejmowania decyzji instytucjom zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi opierać się na zagrożeniu bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Instytucja zamawiająca musi być przygotowana do udowodnienia, jeżeli zajdzie taka konieczność w procedurach odwoławczych, że istnieją obiektywne i wiarygodne elementy wskazujące na brak wiarygodności, które powodują zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.

Wykonawca podał również, że treść art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp część druga [(...) „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, w tym zwłaszcza sformułowanie "także w inny sposób niż wydanie decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa" pozwala jednakże na ścisłe powiązanie kwestii "utrąty wiarygodności" z kwestią zapewnienia bezpieczeństwa informacji, a nie bezpieczeństwa dostaw.

Wykonawca stwierdził, że taka interpretacja jest zgodna ze stanowiskiem Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług wyrażonym w Nocie wyjaśniającej w zakresie bezpieczeństwa informacji omawiającej regulację Dyrektywy 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

W ocenie Odwołującego art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy przede wszystkim wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa takich wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji. Zamawiający, może dokonać wykluczenia na tej podstawie, gdy w postępowaniu wystąpi wykonawca, z którym ma negatywne doświadczenie w zakresie wypełniania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem informacji. Uchybienie tym zobowiązaniom podczas

6

realizacji wcześniejszych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może także stanowić przesłankę negatywnej oceny zdolności wykonawcy do zapewnienia bezpieczeństwa informacji, a w rezultacie przesądzać o uznaniu przez zamawiającego, że taki do wykluczenia dla wykonawcy utracił wiarygodność niezbędną zagrożenia bezpieczeństwa państwa, co również będzie skutkować jego wykluczeniem z postępowania.

Zdaniem Odwołującego w przypadku bezpieczeństwa informacji i dostaw Zamawiający, co do zasady w sposób nieuprawniony stosuje w niniejszej sprawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, iż z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się "wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw (...)". Elementem koniecznym dla wykonalności tego przepisu jest uprzednie szczegółowe określenie w zawieranej umowie treści zobowiązań wykonawcy w zakresie "bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw". Ocena, czy zobowiązania są prawidłowo wykonywane przez wykonawcę jest możliwe, jedynie wówczas, gdy zobowiązania te zostały określone przez strony. Z uwagi na fakt, iż zobowiązania te stanowiłyby element umowy o zamówienie publiczne zachowana winna być w tym przypadku forma pisemna.

W art. 131g ust. 1 Pzp (korespondującym z Art. 22 Dyrektywy Obronnej) zobowiązano Zamawiającego do określenia w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagań związanych z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych (w szczególności poprzez: 1) zobowiązanie wykonawcy i podwykonawcy do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych, znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi zapozna się w trakcie realizacji zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych; 2) zobowiązanie wykonawcy do uzyskania zobowiązania podwykonawcy, któremu zleci podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia, do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi zapozna się w postępowaniu o udzielenie zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych; 3) zobowiązanie wykonawcy do bezzwłocznego dostarczenia informacji dotyczących nowych podwykonawców, w tym podania ich nazwy (firmy) i siedziby oraz danych, które umożliwiają zamawiającemu stwierdzenie, że każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych, do których mają dostęp lub które zostaną wytworzone w związku z wykonywaniem umowy o podwykonawstwo; 4) prawo zweryfikowania lub odsunięcia pracowników wykonawcy, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia, zarówno na

7

etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również na etapie realizacji umowy, jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa albo jest to konieczne w celu podniesienia bezpieczeństwa realizowanych zamówień.)

Z kolei w art. oraz 131g ust.2 (korespondującym z art. 23 Dyrektywy Obronnej) nałożono na zamawiającego obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, wymagań związanych z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw. W szczególności Zamawiający może określić: 1) zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej spełnianie wymogów w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej; 2) zobowiązanie wykonawcy do określenia ograniczeń obowiązujących zamawiającego w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa; 3) zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja realizowanych dostaw umożliwia mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w realizacji dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami; 4) zobowiązanie, na uzgodnionych warunkach, wykonawcy do zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej; 5) zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej; 6) zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia; 7) zobowiązanie wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego; 8) zobowiązanie wykonawcy, na uzgodnionych warunkach, do zapewnienia, w przypadku gdy nie będzie on już w stanie zapewnić dostaw zamawiającemu, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania.

Odwołujący zauważył, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 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 20.08.2009, str 76, 314 z 01.12.2009, str 64 oraz 319 z 02.12.2011, str 43) została wdrożona do polskiego systemu prawnego na mocy ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 12711). Ustawa ta weszła w życie w dniu 20 lutego 2013 r., wprowadzając regulacje dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (Rozdział 4a, obejmujący art. 131e i 131g). Dopiero z dniem 20 lutego 2013 r. zaczęły funkcjonować w polskim systemie zamówień publicznych pojęcia "bezpieczeństwa dostaw" i "bezpieczeństwa informacji" w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przed implementacją wskazanej dyrektywy i wejściem ustawy w życie w polskim prawie nie funkcjonowały pojęcia "bezpieczeństwo dostaw" oraz "bezpieczeństwo informacji". Nie istniał również obowiązek nakładania na wykonawców szczegółowych zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw i informacji. Tym samym, w umowach o zamówienia publiczne zawartych przed dniem 20 lutego 2013 r. nie zamieszczano postanowień stanowiących zobowiązania Wykonawców do zapewnienia "bezpieczeństwa dostaw" i "bezpieczeństwa informacji". W omawianym zakresie w postępowaniach poprzedzających zawarcie umów wskazanych w piśmie informującym o wykluczeniu z postępowania, tego typu warunki nie zostały postawione przez Zamawiającego, co skutkuje brakiem możliwości powołania się na bezpieczeństwo dostaw, jako podstawy wykluczenia

wykonawcy.

Wobec braku zapisów umownych, określających zobowiązania wykonawców w tym zakresie nie jest możliwe – w odniesieniu do umów zawartych przed dniem 20 lutego 2013 r. - stosowanie art. 131e ust 1 pkt 5, gdyż przepis ten wskazuje, jako konkretną przesłankę wykluczenia "naruszenie zobowiązań".

Wobec braku takich zobowiązań sensu stricto, nie sposób zarzucić ich naruszenia, co w praktyce czyni niewykonalnym stosowanie przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 w stosunku do umów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie informującym o wykluczeniu. Odwołujący podkreślił, że wskazywane przez zamawiającego umowy zostały zawarte i wykonane przez Odwołującego przed dniem 20 lutego 2013 r. i nie zawierały szczególnych zobowiązań dotyczących bezpieczeństwa dostaw i informacji. W przypadku tak istotnej czynności jak ocena, czy dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, niedopuszczalna jest nadinterpretacja przepisów ustawowych przez Zamawiającego.

9

Wykluczenie z postępowania nastąpić może tylko i wyłącznie jedynie przy zaistnieniu przesłanek ustawowych, które nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Zaistnienie przesłanek wykluczenia winno zostać uzasadnione zarówno od strony faktycznej jak i prawnej, czego Zamawiający w ocenie Odwołującego nie uczynił w sposób zadowalający. Zgodnie z dyspozycją wyżej wspomnianego przepisu art. 131 e ust. 1 pkt 5 z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się: „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”. W omawianym zakresie brak wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia bezpieczeństwa państwa powinien wynikać albo z decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego albo z innego dokumentu lub czynności, które powinny być powiązane lub wynikać z ustawy o ochronie informacji niejawnych. Okoliczność ta ma o tyle istotne znaczenie, że zgodnie z obowiązującymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymogami w zakresie przejrzystości procedury, decyzja zamawiającego wykluczeniu wykonawcy z postępowania wymaga uzasadniania prawnego i faktycznego. Tym samym na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, iż w odniesieniu do określonego wykonawcy zachodzą przyczyny stanowiące podstawę do jego wykluczenia z postępowania. W tym zakresie, co prawda istotny wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dotyczy możliwości odstąpienia przez zamawiającego od obowiązku uzasadnienia decyzji o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania, w przypadku, gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu. Tym niemniej, uzasadnienie wykluczenia odwołującego pozwala na przyjęcie, że nie istnieją informacje przekazane przez właściwe instytucje bezpieczeństwa państwa, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy. Jednocześnie należy wskazać, iż ustawa Pzp stanowi w tym zakresie, że informacje stanowiące przesłankę utraty wiarygodności wykonawcy, wskazujące na możliwość utraty przez niego zdolności ochrony informacji niejawnych, podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

10

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że umowy wskazane przez Zamawiającego [umowa nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10.04.2008 (SYSTEM VCS) oraz umowa nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11.10.2011 (TACAN 2010)] zostały wykonane i odebrane, zostało zwrócone w całości zabezpieczenie należytego wykonania umowy i do dnia dzisiejszego Zamawiający nie

wystąpił o zapłatę jakichkolwiek kar umownych, ani nie sformułował jakichkolwiek roszczeń, które byłyby następstwem nienależytego wykonania tych umów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie stwierdzając, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest dostawa w latach 2015-2022 Mobilnych Modułów Stanowiska Dowodzenia szczebla oddział/pododdział (MMSD o/p), czyli mobilnego sprzętu wojskowego (SpW) wchodzącego na wyposażenie stanowisk dowodzenia tj. podstawowego elementu ugrupowania bojowego wojsk zarówno na szczeblu taktycznym jak i operacyjnym, którego zadaniem jest umożliwienie dowodzenie pododdziałami i stanowi zasadnicze miejsce pracy dla dowódców, oraz zapewnia realizację zadań poszczególnym komórkom funkcjonalnym sztabu zarówno w czasie pokoju, kryzysu oraz wojny.

Pozyskiwane w ramach niniejszego zamówienia MMSD o/p mają szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa państwa, gdyż będąc podstawowym elementem systemu dowodzenia i kierowania wojskami i środkami walki:

- 1) zastępują sprzęt wojskowy dotychczas eksploatowany w SZ RP, który aktualnie jest przestarzały technologicznie i sukcesywnie wycofywany z SZ RP. Pozwoli to na utrzymanie wymaganych określonych wskaźników gotowości bojowej w jednostek wojskowych w tym zakresie, a także na utrzymywanie ich gotowości do podjęcia działań przez SZ RP, co ma szczególne znaczenie w obecnej sytuacji polityczno-militarnej w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysu, zagrożenia lub wojny.
- 2) umożliwią sprawne prowadzenie pracy dowódczo - sztabowej, w trakcie ćwiczeń z wojskami i ćwiczeń dowódczo - sztabowych, co wpłynie korzystnie na proces szkolenia i zgrywania obsad operacyjnych, a przez co podniesie zdolności bojowe SZ RP do zapewnienia bezpieczeństwa państwa;
- 3) przeznaczone są dla jednostek wszystkich Rodzajów Sił Zbrojnych, Rodzajów Wojsk, Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, Dowództwo Garnizonu Warszawa i Żandarmerii Wojskowej;

11

4) zapewnią stanowisku dowodzenia mobilność oraz krótki czasu rozwijania, przygotowania do pracy i zwijania oraz przemieszczania zarówno podczas ćwiczeń oraz w sytuacjach kryzysu oraz wojny;

5) pozwolą na sprawne i komfortowe zbieranie, przetwarzanie, przechowywanie i wymianę informacji w ramach wewnętrznych sieci teleinformatycznych stanowiska dowodzenia oraz umożliwią podłączanie elementów stanowisk dowodzenia do obecnie eksploatowanych w Siłach Zbrojnych RP zautomatyzowanych systemów dowodzenia oraz polowego i stacjonarnego systemu łączności telefonicznej.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że niniejsze zamówienie ma na celu dostosowanie Polskich Sił Zbrojnych do współpracy z innymi członkami NATO, gdyż w tych państwach od wielu lat z powodzeniem wykorzystuje się stanowiska dowodzenia rozwijane w terenie na bazie specjalistycznych kontenerów. Podkreślił również, że (...) Sprawność techniczna będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP uzbrojenia i sprzętu wojskowego (w tym MMSD o/p) jest podstawowym wykładnikiem stanu gotowości bojowej i mobilizacyjnej oraz zdolności Sił Zbrojnych RP do niezwłocznego podjęcia działań w sytuacji kryzysu, zagrożenia i wojny. Ma to bezpośredni wpływ na zapewnienie bezpieczeństwa państwa, co z kolei uzależnione jest od właściwego i terminowego realizowania zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych przez Wykonawców działających w obszarze przemysłu zbrojeniowego". Zamawiający podał również, że (...) Niesprawności sprzętu mają bezpośredni wpływ na wskaźniki gotowości bojowej poszczególnych jednostek wojskowych. Na tej podstawie dokonywana jest bieżąca ocena jednostek wojskowych w tym zakresie. Dlatego niesprawności sprzętu mają negatywny wpływ na bieżące funkcjonowanie jednostek wojskowych oraz na podejmowanie decyzji dotyczących ich użycia w sytuacji kryzysu, zagrożenia i wojny, oraz na zobowiązania sojusznicze związane z udziałem komponentów SZ RP w ramach misji pokojowych i stabilizacyjnych poza granicami państwa. Sprawny sprzęt wojskowy jest niezbędnym ogniwem szkolenia żołnierzy. Jego niesprawność powoduje nieefektywność systemu szkolenia ze względu na skrócenie rzeczywistego czasu szkolenia i jego intensywności.

Niesprawny sprzęt bezpośrednio powoduje również brak możliwości zgrywania wojsk, co znacznie obniża poziom wyszkolenia bojowego żołnierzy i ogranicza ich zdolności do właściwego działania w sytuacji kryzysu, zagrożenia i wojny”.

Mając na uwadze powyżej wskazaną istotność zamówienia oraz dotychczasową współpracę z Odwołującym, zdaniem Zamawiającego uznać należy, że decyzja o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp jest w pełni uzasadniona.

12

Według Zamawiającego, Odwołujący słusznie został uznany za podmiot, który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Naruszenie to polegało na niewykonaniu/nienależytym wykonywaniu obowiązków wynikających z udzielonych gwarancji i serwisowych w ramach Umowy Nr zobowiązań DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10 kwietnia 2008 r. oraz Umowy Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11 października 2011 r. Konsekwencją, czego jest również uznanie Odwołującego za podmiot nieposiadający wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Zamawiający podał, że rozpatrując niniejszą kwestię należy uwzględnić fakt, że ww. Umowy zostały zawarte jeszcze przed wprowadzeniem do Prawa zamówień publicznych regulacji dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający działał wówczas zgodnie z decyzją Nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony na rodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. Nr 14, poz. 179 ze zm.).

Wskazał, że (...) W przypadku Umowy Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11.10.2011r., przedmiotem zamówienia była dostawa, do której stosuje się art. 296 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (aktualne odniesienie art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) w związku z art. 4 ust. 3 lit f ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Przedmiot zamówienia ujęty jest w "Wykazie uzbrojenia i sprzętu wojskowego", stanowiącego załącznik nr 1 do "Wytycznych Ministra Obrony Narodowej w sprawie zasad i trybu zawierania umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy", stanowiącym załącznik do decyzji 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony na rodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. Nr 14, poz. 179 ze zm.) pod pozycją 11.8 "Sprzęt naprowadzania i nawigacji" oraz wskazany w "Projekcie planu modernizacji technicznej SZ RP w latach 2011-2012" zatwierdzony przez Ministra Obrony Narodowej, jako służący ochronie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa - "BP" w rozumieniu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ponadto zgodnie z opinią Gestora, realizacja powyższego zadania ściśle związana jest ze zwiększeniem bezpieczeństwa lotów w trudnych warunkach atmosferycznych w dzień i w nocy dla własnych i sojuszniczych statków powietrznych oraz przygotowaniem lotnisk MW do współdziałania z siłami NATO. Wobec powyższego do przedmiotu zamówienia nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych”.

13

Z kolei, (...) W przypadku Umowy DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10 kwietnia 2008 r. przedmiotem zamówienia była dostawa i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (aktualne odniesienie art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), które na podstawie art. 4 ust. 3 lit f ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wyłączone spod stosowania tej ustawy. Przedmiot zamówienia ujęty jest w "Wykazie uzbrojenia i sprzętu wojskowego" stanowiącego załącznik nr 1 do "Wytycznych Ministra Obrony Narodowej w sprawie zasad i trybu zawierania umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy", stanowiącym załącznik do decyzji 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony na rodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. Nr 14, poz. 179 ze

zm.) pod pozycją 11.6, 11.9, 11.11, a sprzęt wojskowy umieszczony w wykazie, zgodnie z decyzją Nr 217/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 09 maja 2007 r. (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. z 2007 r. Nr 10 poz. 118) należy traktować, jako służący ochronie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa w rozumieniu art. 296 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską".

Zamawiający powołując się na notę wyjaśniającą Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług bezpieczeństwa dostaw do Dyrektywy 2009/81/WE oraz pismo Urzędu Zamówień Publicznych "Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne" [LexOmega 26/2014] „stwierdził, że wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu, miał na uwadze, że zobowiązania gwarancyjne i serwisowe mieszczą się w definicji "bezpieczeństwa dostaw". Wskazał, że "Wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw są wymogami umownymi nakładanymi przez Zamawiającego w celu rzetelnej i terminowej dostawy sprzętu i usług w odpowiedniej ilości z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, jak również stałej dostępności zdolności w dziedzinie konserwacji i napraw, części zamiennych oraz innych rodzajów wsparcia w każdych warunkach, szczególnie w sytuacjach kryzysowych". Z kolei "Dyrektywa uznaje szczególną wagę bezpieczeństwa dostaw dla udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Bezpieczeństwo dostaw ma decydujące znaczenie, szczególnie w czasach kryzysu, kiedy niezawodna i punktualna dostawa może mieć dosłownie decydujące znaczenie. Ponadto bezpieczeństwo dostaw stanowi szczególne wyzwanie ze względu na niezwykle długi okres użytkowania produktu w przypadku większości sprzętu wojskowego, co wymaga wsparcia logistycznego, unowocześniania, modernizacji, itd. przez wiele lat."

14

Zdaniem Zamawiającego "Podkreślenia wymaga fakt, iż dotyczy to nie tylko zakupu pierwotnego, ale również jego kontynuacji dotyczących towarów i usług, które mają miejsce do końca okresu użytkowania produktu." Ponadto "Wymagania dotyczące bezpieczeństwa dostaw wiążą się bezpośrednio z ustanowieniem warunków w zakresie stałej dostępności konserwacji i napraw, dostaw części zamiennych oraz innych rodzajów wsparcia technicznego związanego z przedmiotem zamówienia." Także "Z uwagi na charakter zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa dostaw jest również określenie przez zamawiającego wymagań związanych z utrzymaniem, modernizacją lub adaptacją dostaw stanowiących przedmiot zamówienia. Powyższe wymagania są szczególnie istotne z uwagi na długi okres, w którym wykorzystywany jest sprzęt wojskowy, w trakcie którego musi być zapewniona jego zdolność bojowa". Stwierdził, że "Zapewnienie bezpieczeństwa dostaw może być oceniane przez pryzmat zdolności podmiotu do wypełniania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w dotychczas zrealizowanych przez niego zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Uchybienie tym zobowiązaniom we wcześniejszych zamówieniach może stanowić przesłankę do negatywnej oceny zdolności podmiotu do wypełnienia wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw ustanowionych dla danego zamówienia."

Zdaniem Zamawiającego, zapewnienie bezpieczeństwa dostaw przekłada się bezpośrednio na zachowanie przez państwo zdolności do wykorzystywania swoich sił zbrojnych. Dalej podał, że „Zgodnie z ogólną definicją przez pojęcie bezpieczeństwa państwa/bezpieczeństwa narodowego należy rozumieć odpowiednio zorganizowaną obronę i ochronę przed wszelkimi zagrożeniami militarnymi i niemilitarnymi, przy użyciu sił i środków pochodzących z różnych dziedzin działalności państwa — w tym z dziedziny związanej z obronnością państwa. Bezpieczeństwo Państwa to proces obejmujący różne środki gwarantujące trwałą, wolną od zakłóceń byt i rozwój państwa w tym szeroko rozumianą ochronę państwa, jako instytucji politycznej, ochronę jednostki jak również całego społeczeństwa. Poprzez pojęcie bezpieczeństwa państwa rozumiemy również stan i warunki, w których zapewniona jest ochrona narodu i terytorium państwa oraz realizacji jego interesów zarówno politycznych i ekonomicznych”.

Jego zdaniem – jak słusznie wskazuje piśmiennictwo - pod pojęciem bezpieczeństwa państwa należy rozumieć również zachowanie stanu równowagi pomiędzy potencjałem

obronnym kraju, a zagrożeniem wywołanym możliwością powstania konfliktu. Przez pojęcie bezpieczeństwa państwa rozumiemy także każdą czynność mającą na celu podejmowanie takich działań, które mają za zadanie zredukowanie ryzyka i eliminację zagrożeń w każdej dziedzinie państwa, w tym w dziedzinie obronności.

15

Zamawiający podkreślił, że bezpieczeństwo dostaw jest bezpośrednio związane z bezpieczeństwem państwa. Trudno mówić o bezpieczeństwie dostaw w oderwaniu od bezpieczeństwa państwa. Bez wątpienia bezpieczeństwo dostaw stanowi warunek zapewnienia skuteczności działań państwa.

Podał, że Zamawiający na bazie dotychczas zdobytego doświadczenia podczas współpracy z Odwołującym, podjął decyzję o wykluczeniu go z niniejszego postępowania, tym samym podjął działania zapobiegawcze w ramach obowiązującego prawa, mające na celu zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw oraz bezpośrednio związanego z nim bezpieczeństwa państwa w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazał, że na etapie realizacji Umów zawartych z Odwołującym (Umowa Nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10 kwietnia 2008 r., Umowa Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11 października 2011 r. - zwane dalej "Umowami"), dochodziło wielokrotnie do nienależytej realizacji zobowiązań gwarancyjnych oraz serwisowych, poprzez nieterminową realizację powstałych uszkodzeń, nienaprawialnie sprzętów w wymaganym zakresie, brak zwrotu sprzętu po naprawie, nie przedłużanie terminów gwarancji.

Odwołujący, fakt nie wywiązywania się ze zobowiązań umownych argumentował brakami kadrowymi, jak również brakiem potencjału technicznego i logistycznego (m. in. pismo Nr 21065 z dnia 16 października 2013 r.) Kolejnym dowodem potwierdzającym nierzetelność Odwołującego jest pismo Nr 17683 z 29 sierpnia 2014 r. i pismo Nr 18679 z dnia 12 września 2014 r., w których to Odwołujący przeprosza Zamawiającego za zwłokę w udzielaniu odpowiedzi na pytania dotyczące nie wywiązywania się ze zobowiązań gwarancyjnych. Także w piśmie Nr 21065 z dnia 16 października 2013 r. jednoznacznie przyznaje, że po stronie wykonawcy pojawiają się problemy w realizacji umów. Odwołujący wskazuje, „że nasz serwis rzeczywiście nie dotrzymał ustalonych terminów realizacji napraw”. Jednocześnie Odwołujący informuje, iż w związku z zaistniałymi opóźnieniami dokonał zmian kadrowych w komórce organizacyjnej odpowiedzialnej za naprawy sprzętu. W dalszej części pisma czytamy, iż niezrealizowanie napraw jest problemem okresowym, a podjęte przez Odwołującego zmiany kadrowe miały poprawić sposób realizacji usług serwisowych i jak zapewniał Odwołujący od tego czasu miały one być wykonywane zgodnie z obowiązującymi umowami. Pomimo obietnic Odwołującego, nadal miało miejsce niezgodnie z postanowieniami Umów wykonywanie zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych. Także w

16

piśmie Nr 14145 z dnia 08 lipca/2013 r. Odwołujący w dalszym ciągu przyznaje, że opóźnienia w realizacji umowy mają miejsce, zaznaczając jednocześnie, że (...) zaistniałe opóźnienia nie mają jednak wpływu na bieżącą pracę operacyjną. Z czym absolutnie Zamawiający nie może się zgodzić. O istotności napraw gwarancyjnych świadczy chociażby fakt, iż jedna ze stwierdzonych usterek spowodowała wyłączenie z pracy bojowej PR VCS w m. Roskosh (pismo Nr 1966/13 z dnia 01 sierpnia 2013 r.) "

Zamawiający podał również, że (...) Z korespondencji kierowanej do Odwołującego, wynika, żeby był on wielokrotnie wzywany do dokonania napraw gwarancyjnych w ramach zawartej Umowy (m. in. naprawa gwarancyjna posturunku VCS, rejestracji korespondencji lotniczej DIVOS, zasilacza awaryjnego UPS, uszkodzonego dysku twardego serwera DELL, matrycy konsoli KWM, przełącznika nożnego stanowiska roboczego CWP 03, zasilacza pulpitu nawigatorskiego systemu komunikacji głosowej) (m.in. pismo wych. Nr 3940/13 z dnia 11 lipca 2013 r., pismo Nr 1966/13 z dnia 01 sierpnia 2013 r., pismo wych. Nr 169/14 z dnia 24 stycznia 2014 r., pismo wych. Nr 1219/13 z dnia 22 kwietnia 2013 r., pismo wych. Nr 324/13 z dnia 29 stycznia 2013 r., pismo wych. Nr 282/13 z dnia 24 stycznia 2013 r., pismo wych. Nr

231/13 z dnia 16 stycznia 2013 r., pismo wych. Nr 3037/13 z dnia 29 listopada 2013 r., pismo wych. Nr 2960/13 z dnia 19 listopada 2013 r., pismo wych. Nr 2488/13 z dnia 30 września 2013 r.). Z pisma Jednostki Wojskowej Nr 1653 (pismo wych. Nr GW/6508/14 z dnia 03 listopada 2014 r.) wynika, iż MAW Telecom Intl. S.A. nie reagowało w żaden sposób, m. in. na „Protokół Reklamacji”. Wskazać należy, iż zgodnie z zapisami Karty Gwarancyjnej na rozpatrzenie „Protokołu Reklamacji” Wykonawca ma 7 dni, natomiast na usprawienie wadliwych wyrobów ten termin wynosi 14 dni. MAW Telecom Intl. S.A. nie podjął w określonych wyżej terminach żadnych kroków zmierzających do usunięcia powstałych w wyrobach wad. Zamawiający, pismem wych. Nr 7625/13 z dnia 21 czerwca 2013 r. zwrócił uwagę Prezesowi Zarządu MAW Telecom International S.A., że naprawy gwarancyjne dot. VCS (Umowa Nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140) są realizowane tylko częściowo lub ze znacznym przekroczeniem terminów oraz nie usunięciem części zgłoszonych usterek. W przedmiotowym piśmie Zamawiający zwraca się z prośbą o pilne wyjaśnienie przyczyn nie wywiązywania się z zobowiązań gwarancyjnych wynikających z treści przedmiotowej umowy. W piśmie wych. Nr 1700/13 z dnia 16 lipca 2013 r. Dowódca Jednostki Wojskowej Nr 2823 domagał się pilnej reakcji MAW Telecom International S.A. w celu usprawienia systemu MVCS, na skutek awarii zasilacza UPS typu SCHRACK dostarczonego, jako zamienny po awarii oryginalnego zasilacza, jednocześnie zaznaczając, że czas usuwania awarii ww. zasilacza jest bardzo długi i niezgodny z zapisami umowy. Zamawiający, pismem wych. Nr V/7275/14 z dnia 13 czerwca 2014 r. ponownie zwrócił się do Odwołującego o niezwłoczne dokonanie właściwych wpisów do kart gwarancyjnych

17

wskazujących czas przedłużenia gwarancji pod rygorem zastosowania kar umownych. W tym samym piśmie Zamawiający podnosił kwestię pilnego wykonania zaległych napraw.

W dniu 16 lipca 2014 r. do Odwołującego zostało przesłane przez Zamawiającego pismo (wych. Nr V/8630/14), którego treść zawierała zaproszenie uprawnionych przedstawicieli Odwołującego do Zamawiającego celem dokonania analizy każdego przypadku usterki zgłoszonej w trakcie realizacji umowy, jak również dokonania odpowiednich wpisów w kartach gwarancyjnych. W przedmiotowym piśmie Zamawiający podnosi, iż przedłużenie okresu gwarancji jest tylko jednym z obowiązków Wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający wzywa Odwołującego do zwrotu wszystkich urządzeń, które Odwołujący pobrał do naprawy. Zamawiający, w dniu 29 maja 2014 r. (pismo wych. Nr W6604/14), ponownie domaga się kontynuacji wykonywania napraw gwarancyjnych zgodnie z zapisami umownymi. Załącznikiem do niniejszego pisma jest pismo Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Powietrznych (CWT SP) z dnia 4 kwietnia 2014 r. (nr wych. 1477/14) oraz pismo Nr 592/14 z dnia 28 marca 2014 r. i pismo Nr 646/14 z dnia 31 marca 2014 r. Z jego treści wynika jednoznacznie, iż firma MAW Telecom S.A. nie realizuje zapisów Umowy nr DZSZ/195V~5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007~2008 z dnia 10 kwietnia 2008 r. w zakresie napraw gwarancyjnych. W dalszej części CWT SP zwraca uwagę, iż gwarant nie podjął żadnych działań w tym zakresie, a zdecydowana większość wykazanych uszkodzeń została ujawniona jeszcze przed grudniem 2013 r. Pismem wych. Nr V/6989/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. Zamawiający prosi o pilne wyjaśnienie, z jakich powodów przetrzymywany jest przez firmę MAW Telecom Intl. S.A. konwerter Groomer, który pobrano do naprawy 19 sierpnia 2013 r.”

Zamawiający podkreślił, że opisane powyżej zachowania Odwołującego, polegające na niewykonywaniu i nienależytym wykonywaniu zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych, (...) negatywnie wpływają między innymi na funkcjonowanie stanowisk nawigatorów naprowadzania poprzez obniżenie ich gotowości do zabezpieczenia zadań lotniczych realizowanych w Siłach Zbrojnych RP (pismo Nr 6557/ISi z dnia 20 sierpnia 2014 r.). Inspektorat Systemów Informacyjnych w piśmie Nr 6557/ISi, stwierdza, iż "dotychczasowe działania zmierzające do wyegzekwowania od firmy MAW Telecom S.A. zobowiązań względem MON w zakresie napraw gwarancyjnych sytemu VCS, w tym do zwrotu przez firmę pobranych do napraw urządzeń (będących własnością wojska) nie przyniosły oczekiwanego rezultatu. Powyższe świadczy o tym, iż Wykonawca naruszył bezpieczeństwo dostaw podczas realizacji wcześniej zawartych umów, i tym samym nie daje gwarancji zdolności do zrealizowania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w ramach zamówienia, o którego udzielenie się ubiega”.

Zdaniem Zamawiającego, załączone do odpowiedzi na odwołanie dokumenty, potwierdzają w sposób obiektywny i wiarygodny okoliczności, iż Odwołujący naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, poprzez nie wywiązywanie się w należyty sposób ze zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych określonych w Umowie Nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10 kwietnia 2008 r. i Umowie Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11 października 2011 r. oraz że Wykonawca nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, nie jest podmiotem wiarygodnym, z uwagi na wskazane powyżej naruszenia oraz sposób działania, który nie gwarantuje tak ważnej i wymaganej w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa stabilności i ciągłości należytej współpracy pomiędzy wykonawcą i Zamawiającym.

Podał także, że „W ocenie Odwołującego, wykluczenie na podstawie art. 131 e ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy naruszyli bezpieczeństwo informacji. Odwołujący twierdzi, że przepis ten "pozwala jednakże na ścisłe powiązanie kwestii 'utruty wiarygodności' z kwestią zapewnienia bezpieczeństwa informacji, a nie bezpieczeństwa dostaw", co według Zamawiającego jest zbyt daleko idącą i nieprawidłową próbą interpretacji wskazanego przepisu.

W ocenie Zamawiającego, także twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający może wykluczyć na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp tylko wykonawcę, z którym ma negatywne doświadczenia w zakresie zobowiązań związanych z bezpieczeństwem informacji i tylko naruszenie bezpieczeństwa informacji w rezultacie przesądza o tym, iż taki wykonawca utracił wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, co w konsekwencji skutkuje wykluczeniem z postępowania - w pełni odnosi się również do bezpieczeństwa dostaw, tj. analogicznie, naruszenie przez wykonawcę bezpieczeństwa dostaw stanowi przesłankę uzasadniającą wykluczenie wykonawcy z postępowania i uzasadnia wykluczenie wykonawcy z powodu nieposiadania wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Odnosnie twierdzeń Odwołującego, że (...) elementem koniecznym dla wykonalności tego przepisu (131e ust. 1 pkt 5 Pzp) jest uprzednie szczegółowe określenie w zawieranej Umowie treści zobowiązań Wykonawcy w zakresie "bezpieczeństwa informacji" lub "bezpieczeństwa dostaw". Ocena, czy zobowiązania są prawidłowo wykonywane przez wykonawcę jest możliwa, jedynie wówczas, gdy zobowiązania te zostały określone przez strony. Z uwagi na fakt, iż zobowiązania te stanowiłyby element umowy o zamówienie

publiczne zachowana winna być w tym przypadku forma pisemna (...), Zamawiający, zauważył, że, jak wskazano w punkcie 1 powyżej, zobowiązania gwarancyjne i serwisowe mieszczą się w pojęciu "bezpieczeństwo dostaw".

Zobowiązania gwarancyjne i serwisowe Odwołującego zostały zawarte w par. 8 Umowy DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10 kwietnia 2008 r. i par. 8 Umowy Nr IU/395/V~12/UZ/NEG/K/2001/335/158 z dnia 11 października 2011 r., a obie umowy zostały zawarte w formie pisemnej. Tym samym możliwe jest dokonanie oceny, czy zobowiązania są prawidłowo wykonywane przez wykonawcę, bowiem zobowiązania gwarancyjne i serwisowe zostały określone przez strony w prawidłowej formie.

Ustosunkowując się do argumentacji prawnej Odwołującego [że dla zastosowania podstaw wykluczenia z art. 131e ust.1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, wymagań związanych z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dostaw oraz, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje i podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca Dyrektywę

2004/17/WE i 2004/18/WE, została wdrożona do polskiego systemu prawnego na mocy ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), która to ustawa weszła w życie w dniu 20 lutego 2013 r. wprowadzając regulacje dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a zatem dopiero z dniem 20 lutego 2013 r. zaczęły funkcjonować w polskim systemie zamówień publicznych pojęcia "bezpieczeństwa dostaw" i "bezpieczeństwa informacji" w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zamawiający podał, że (...) zapisy dotyczące „bezpieczeństwa dostaw” zaczęły funkcjonować w polskim systemie prawnym dopiero z dniem 20 lutego 2013 r., należy się zastanowić, jaki był cel wprowadzenia przedmiotowych regulacji do ustawy Prawo zamówień publicznych. Bez wątpienia celem ustawodawcy było „zabezpieczenie” Zamawiającego przed podejmowaniem ryzyka związanego z powierzaniem realizacji kolejnych umów którzy w nienależycie wykonawcom, dotychczasowej współpracy wykonywały zobowiązania umowne. Przekłada się to w oczywisty sposób na zabezpieczenie bezpieczeństwa państwa poprzez nie udzielenie zamówienia podmiotowi, który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, tj. podmiotowi, który nierzetelnie i nienależycie realizował umowy”.

20

Odnosnie twierdzeń Odwołującego, że w umowach o zamówienia publiczne zawartych przed dniem 20 lutego 2013 r. nie zamieszczano szczególnych postanowień stanowiących zobowiązania wykonawców do zapewnienia "bezpieczeństwa dostaw" i "bezpieczeństwa informacji" i wobec braku zapisów umownych, określających zobowiązania wykonawców w tym zakresie nie jest możliwe - w odniesieniu do umów zawartych i wykonanych przed 20 lutego 2013 r. - stosowanie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż przepis ten wskazuje, jako konkretną przesłankę wykluczenia "naruszenie zobowiązań" – Zamawiający stwierdził, że (...) o tym, czy dane zobowiązanie wykonawcy określone w umowie dotyczy bezpieczeństwa dostaw - decyduje jego treść, a nie tytułowanie/nazwanie danego zobowiązania. W dokumentacji postępowań, na skutek przeprowadzenia, których zawarto z Odwołującym ww. Umowy, znajdowały się zapisy dotyczące zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych, a tym samym zawierały one elementy dotyczące bezpieczeństwa dostaw. Zatem Zamawiający miał możliwość powołania się na "bezpieczeństwo dostaw", jako podstawę wykluczenia Wykonawcy”.

Podał także, że (...) Faktycznie, w ramach ww. Umowy, Odwołujący wykonał dostawy, które były ich przedmiotem. Dostawy te zostały odebrane i Zamawiający nie ma co do tego faktu zastrzeżeń. Natomiast przedmiot obu Umów, poza zobowiązaniem dostawy, obejmował również zobowiązania gwarancyjne i serwisowe, których Odwołujący nie zrealizował lub nienależycie realizował. Jednocześnie, Zamawiający chciałby zauważyć, że nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający nie występował do Odwołującego z roszczeniami, których podstawą było niewykonanie bądź nienależyte wykonane zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych zgodnie z postanowieniami Umów. Zamawiający wielokrotnie zwracał się do Odwołującego, by podjął on odpowiednie działania mające na celu wywiązanie się z postanowień zawartych w Umowach”.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że nie nadinterpretuje przesłanki wykluczenia z art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp, albowiem kieruje się dotychczas zebrany doświadczeniem w zakresie współpracy z wykonawcami (niewykonywaniem lub nienależytym wykonywaniem zobowiązań umownych) i jego zadaniem jest czuwać nad należyтым zabezpieczeniem interesów Skarbu Państwa poprzez udzielanie zamówień wykonawcom gwarantującym zapewnienie bezpieczeństwa informacji, bezpieczeństwa dostaw oraz uznanym za posiadających wiarygodność niezbędną do zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Podkreślił, że trudno oczekiwać od Zamawiającego, że nie będzie brał pod uwagę w obecnie prowadzonych o zamówienia publicznego postępowaniach udzielenie doświadczeń zebranych podczas realizacji umów zawartych przed dniem 20 lutego 2013 r. - tj. przed dniem wdrożenia do polskiego systemu prawnego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i

21

Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r., albowiem mając na uwadze dotychczasowe doświadczenie nie może dopuścić do zagrożenia bezpieczeństwa państwa poprzez dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Comarch S.A., Cenrex Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Wdrożeniowe Armpol Sp. z o.o. oraz Transbit Sp. z o.o. z Krakowa, wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie, uwzględniając art. 192 ust.2 ustawy Pzp, podlega oddaleniu.

Wykonawca - MAW TELECOM INTL S.A. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia:

- 5) art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;
- 6) art. 51 Pzp z uwagi na dokonanie niewłaściwej oceny spełniania warunków przez wykonawców, w następstwie czego błędnie poinformowano wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach dokonanej oceny;
- 7) art. 24 ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 4 Pzp z uwagi na niewskazanie w piśmie informującym o wykluczeniu szczegółowych podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia;
- 8) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zastosowanie w przypadku wniosku złożonego przez Odwołującego nadinterpretacji przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp, co świadczy o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania z kolei, wnoszący odwołanie wykonawca powołał się wyłącznie na okoliczności faktyczne związane z naruszeniem art. 131e ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, oraz art. 24 ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 180 ust.3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać nie tylko czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, i zwięzłe przedstawienie zarzutów, oraz określać żądanie. Odwołanie także powinno wskazywać okoliczności faktyczne uzasadniające jego Przedstawienie okoliczności wniesienie. faktycznych dopiero w piśmie procesowym w dniu 12 grudnia 2014 r. w sytuacji, gdy odwołanie zostało wniesione w dniu 28 listopada 2014 r. od czynności, o których wykonawca

22

został poinformowany w dniu 20 listopada 2014 r. nie jest skuteczne w związku z art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp i tym samym ten zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Reasumując Izba stwierdza, że na gruncie ustawy Pzp nie jest dopuszczalne po upływie terminu na wniesienie odwołania zarówno formułowanie jak i doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania. Odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego, powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań ze wskazaniem nie tylko okoliczności prawnych, ale przede wszystkim powinno wskazywać okoliczności faktyczne, pozwalające na dokonanie oceny zasadności zarzutów. W szczególności, tak jak w tym przypadku, podnosząc zarzut dokonania niewłaściwej oceny spełniania warunków, wykonawca powinien opisowo jednoznacznie sprecyzować ten zarzut, wskazując te postanowienia z oferty [ofert], które w ocenie Odwołującego, miały powodować przyznanie innej liczby punktów, aniżeli przyjęta przez Zamawiającego.

Rozpoznając zarzuty we wskazanym powyżej zakresie, Izba miała na uwadze, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa w latach 2015-2022 Mobilnych Modułów Stanowiska Dowodzenia szczebla oddział/pododdział (MMSD o/p), czyli mobilnego sprzętu wojskowego (SpW) wchodzącego na wyposażenie stanowisk dowodzenia, który to sprzęt – jak podał Zamawiający - jest podstawowym elementem ugrupowania bojowego wojsk zarówno na szczeblu taktycznym jak i operacyjnym, i którego zadaniem jest umożliwienie dowodzenie pododdziałami i stanowi zasadnicze miejsce pracy dla dowódców, oraz zapewnia realizację zadań poszczególnym komórkom funkcjonalnym sztabu zarówno w czasie pokoju, kryzysu oraz wojny. Trudno nie zgodzić się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że pozyskiwane w ramach niniejszego zamówienia MMSD o/p – przeznaczone dla jednostek wszystkich Rodzajów Sił Zbrojnych, Rodzajów Wojsk,

Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, Dowództwo Garnizonu Warszawa i Żandarmerii Wojskowej - mają szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa państwa, albowiem będąc podstawowym elementem systemu dowodzenia i kierowania wojskami i środkami walki: (1) zastąpią sprzęt wojskowy dotychczas eksploatowany w SZ RP, który aktualnie jest przestarzały technologicznie i sukcesywnie wycofywany z SZ RP. Pozwoli to na utrzymanie wymaganych określonych wskaźników gotowości bojowej w jednostkach wojskowych w tym zakresie, a także na utrzymywanie ich gotowości do podjęcia działań przez SZ RP, co ma szczególne znaczenie w obecnej sytuacji polityczno-militarnej w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysu, zagrożenia lub wojny; (2) umożliwią sprawne prowadzenie pracy dowódczo - sztabowej, w trakcie ćwiczeń z wojskami i ćwiczeń dowódczo - sztabowych, co wpłynie korzystnie na proces szkolenia i zgrywania obsad operacyjnych, a przez co podniesie zdolności bojowe SZ RP do zapewnienia bezpieczeństwa państwa; (3) zapewnią stanowisku dowodzenia mobilność oraz krótki czas rozwijania, przygotowania do pracy i zwijania oraz

23

przemieszczania zarówno podczas ćwiczeń oraz w sytuacjach kryzysu oraz wojny; oraz (4) pozwolą na sprawne zbieranie, przetwarzanie, przechowywanie i wymianę informacji w ramach wewnętrznych sieci teleinformatycznych stanowiska dowodzenia, a także umożliwią podłączanie elementów stanowisk dowodzenia do obecnie eksploatowanych w Siłach Zbrojnych RP zautomatyzowanych systemów dowodzenia oraz polowego i stacjonarnego systemu łączności telefonicznej. Niewątpliwie sprawność techniczna będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP uzbrojenia i sprzętu wojskowego (w tym MMSD o/p) jest podstawowym wykładnikiem stanu gotowości bojowej i mobilizacyjnej oraz zdolności Sił Zbrojnych RP do niezwłocznego podjęcia działań w sytuacji kryzysu, zagrożenia i wojny, co ma bezpośredni wpływ na zapewnienie bezpieczeństwa państwa, a co z kolei uzależnione jest od właściwego i terminowego realizowania zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych przez wykonawców działających w obszarze przemysłu zbrojeniowego. Także w ocenie liczby niesprawności sprzętu mają negatywny wpływ na bieżące funkcjonowanie jednostek wojskowych oraz na podejmowanie decyzji dotyczących ich użycia w sytuacji kryzysu, zagrożenia i wojny, oraz na zobowiązania sojusznicze związane z udziałem komponentów SZ RP w ramach misji pokojowych i stabilizacyjnych poza granicami państwa. Również sprawny sprzęt wojskowy – tak jak podał Zamawiający - jest niezbędnym ogniwem szkolenia żołnierzy, a jego niesprawność powoduje m.in. nieefektywność systemu szkolenia ze względu na skrócenie rzeczywistego czasu szkolenia i jego intensywności oraz obniża poziom wyszkolenia bojowego żołnierzy i ogranicza ich zdolności do właściwego działania w sytuacji kryzysu, zagrożenia i wojny.

Lbza ustaliła, że w powiadomieniu z dnia 20.11.2014 r. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania Zamawiający w podstawie prawnej wskazał na art. 131e ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym decyzji podał, że (...) Istotą bezpieczeństwa dostaw jest zapewnienie nie tylko pewności czy terminowości dostaw, ale także spełnienie wymagań związanych z długim okresem użytkowania sprzętu wojskowego, z czego wynika potrzeba wsparcia logistycznego, modernizacji oraz kontynuacji dostaw w długim okresie czasu, a w szczególności stałej dostępności i zdolności w dziedzinie konserwacji i napraw, co bezpośrednio wpływa na zobowiązania gwarancyjne i serwisowe, szczególnie w sytuacjach kryzysowych". Podał również, że (...) Z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynikających z realizacji umów na potrzeby MON przez niniejszego Wykonawcę wynika, że nie zapewnił on bezpieczeństwa dostaw. W zrealizowanych uprzednio umowach nie wykonywał/ nienależycie wykonywał obowiązki wynikające z udzielonych gwarancji. Fakt niewywiązywania się ze zobowiązań umownych Wykonawcy argumentował brakami kadrowymi jak również brakiem potencjału technicznego i logistycznego. Powyższe świadczy o tym, iż Wykonawca nie daje gwarancji zdolności do zrealizowania zobowiązań związanych

24

z bezpieczeństwem dostaw". Zamawiający dalej podał, że (...) na etapie realizacji umów na rzecz MON stwierdzono m.in. nienależytą realizację zobowiązań gwarancyjnych oraz serwisowych, poprzez nieterminową likwidację powstałych uszkodzeń, nienaprawianie sprzętu w wymaganym zakresie, brak zwrotu sprzętu po naprawie, nie przedłużenie terminu gwarancji np.: 1) w umowie Nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z

aneksami (5) z dnia 10.04. 2008 r. [System VCS] – niewywiązywanie się ze zobowiązań gwarancyjnych lub realizowanie ich jedynie w wybiórczy sposób. Nieoddawanie sprzętu po naprawie. 2) w umowie Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11.10. 2011 r. [system TACAN 2010] wystąpiły opóźnienia w realizacji zapisów gwarancyjnych umowy, oraz uchylanie się od przedłużania okresu gwarancji wyrobu po naprawie. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że niniejszego Wykonawcę można uznać za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa".

Zdaniem Izby w piśmie informującym o podstawach wykluczenia Odwołującego z postępowania niewątpliwie wskazano podstawę prawną i faktyczną wykluczenia, tak jak wymaga tego art. 24 ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 4 Pzp. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że powołany przepis nie stanowi – tak jak żąda tego wykonawca – o stopniu szczegółowości podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozpoznając zarzut związany z zastosowaniem, jako podstawy wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania, art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.1 podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust.1 ustawy Pzp, a w sekcji III.1.4 - Inne szczególne warunki, którym podlega realizacji zamówienia zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji – podał m.in. w podpunkcie 2, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania czynności określonych w art. 131g ust. 2 pkt 1, 6 i 7 ustawy Pzp, a w podpunkcie 3 odesłano także do postanowień specyfikacji, która zostanie doręczona zakwalifikowanym wykonawcom do złożenia oferty.

Te postanowienia nie były przez wykonawcę zaskarżone w trybie przewidzianym w dziale VI ustawy Pzp i tym samym wykonawca nie może z uwagi na publikację ogłoszenia o zamówieniu w dniu 13.09.2014 r. oraz wobec terminów określonych ustawą Pzp, w tym art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, skutecznie ich kwestionować w odwołaniu wniesionym w dniu 28.11.2014 r.

25

Zgodnie z powołanym w podstawie wykluczenia art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się: (...) 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". Izba zauważa, że z treści tego przepisu wynikają trzy niezależne przesłanki, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a mianowicie: pierwsze z nich dotyczy naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji, druga - naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, a trzecia dotyczy sytuacji, gdy wykonawcę 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 o ochronie informacji niejawnych. Z kolei zgodnie ze wskazanym w Ogłoszeniu o zamówieniu art. 131g ust. 2 pkt 1, 6 i 7 ustawy Pzp „W celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”. W zdaniu drugim tego przepisu, wskazano przykładowe [w szczególności] przesłanki [pkt od 1 do 8] podając, że ich określenie powinno nastąpić w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym postępowaniu wskazał z ust.2 art. 131g na trzy podpunkty: pkt 1 [zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej spełnianie wymogów w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, pkt 6 [zobowiązanie

wykonawcy do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia], oraz pkt 7 [zobowiązanie wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego].

Tak jak ustaliła Izba, umowy na które powoływał się Zamawiający w podstawie wykluczenia wykonawcy z postępowania nakładają na wykonawcę nie tylko obowiązki dostawy. W umowie Nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10.04. 2008 r. na dostawę VCS [w jej paragrafie 8] wskazano na obowiązki serwisowania dostarczonych wyrobów w okresie 36 miesięcy od daty przekazania systemu do eksploatacji oraz na serwis

26

pogwarancyjny przez 12 lat i dostępność części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych przez 15 lat licząc od daty upływu terminu gwarancji. Podobnie w umowie Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11.10. 2011 r. [TACAN 2010] wskazano [w paragrafie 8] oprócz trzyletniego okresu gwarancyjnego na zobowiązanie wykonawcy do świadczenia serwisu pogwarancyjnego w okresie 10 lat od upływu terminu gwarancji. W umowach tych określono także terminy dla rozpatrywania zgłoszonych uszkodzeń oraz wymiany wyrobów wadliwych. Określono także terminy dla rozpatrywania zgłaszanych wadliwości wyrobów w szerokim tego słowa znaczeniu m.in. dla tzw. „protokołów reklamacji” - [według umowy dla dostawy systemu VCS - § 8 ust.12 pkt 2, a według umowy dla dostawy TACAN 2010] – określono siedem dni od daty otrzymania takiego protokołu.

W konkluzji Izba uznaje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego powyższe umowy nie zostały zakończone. Podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że zobowiązania gwarancyjne i serwisowe Odwołującego zawarte w umowach niewątpliwie w formie pisemnej umożliwiają dokonanie oceny wywiązywania się przez wykonawcę z zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, o których stanowi art. 131e ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba, podobnie jak zamawiający, wskazuje, że art. 39 ust. 2 lit. d) Dyrektywy Parlamentu i Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 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 zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE [L 216/76], odnosi się wyraźnie do naruszenia zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w trakcie poprzednich zamówień, które to naruszenie może być udowodnione dowolnymi środkami [dyrektywa nie wymaga skazania prawomocnym wyrokiem sądu]. Zdaniem Izby, podstawa przewidziana w art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazująca wykluczenie wykonawcy, który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw nie wymaga konkretyzowania przez zamawiającego i wynika wprost z tej ustawy. Wymaga to jednocześnie, w razie powoływanie się na okoliczność wystąpienia stanu opisanego w powołanym przepisie, niewątpliwie każdorazowo ustalenia w konkretnej sprawie, że mamy do czynienia z naruszeniem zobowiązań przez wykonawcę, które to naruszenie – tak jak w niniejszej sprawie - dotyczy zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Zdaniem Izby, z treści przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wynika, że podane w nim przesłanki wykluczenia odnoszą się do historii kontraktowej wykonawcy, albowiem przepis wskazuje na „naruszenie zobowiązań”, odnosząc to naruszenie do całej działalności wykonawcy, nie tylko do działalności podjętej w ramach umów po dniu 20 lutego 2013 r., a także do wszystkich tych obowiązków umownych, które odwołują się do bezpieczeństwa dostaw. Tym samym dla rozpatrywanej sprawy data wejścia w życie przepisu art. 131e ust.1

27

pkt 5 ustawy Pzp – również z uwagi na jego wskazanie w Ogłoszeniu o zamówieniu – nie może mieć rozstrzygającego znaczenia w tej sprawie. Izba zwraca także uwagę na motyw 42 przywołanej Dyrektywy, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia mogą zawierać wymogi instytucji/podmiotów zamawiających w zakresie bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw. Wymogi te są szczególnie ważne ze względu na niewrażliwy charakter wyposażenia, którego dotyczy niniejsza dyrektywa, i dotyczą całości łańcucha dostaw. W Dyrektywie, w motywie 44 wskazano, że bezpieczeństwo dostaw może wiązać

się z szeregiem wymogów, włączając w to na przykład świadczenie usług dla dostawy o kluczowym znaczeniu - możliwości konserwacji i naprawy w celu zagwarantowania serwisu zakupionego sprzętu w trakcie całego jego okresu użytkowania. Podobnie krajowy ustawodawca, w art. 131a ust. 1 ustawy, definiując przedmiot zamówienia w zakresie obronności i bezpieczeństwa państwa wskazuje m.in. na dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów czy dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, akcentując, że dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, wojskowym lub newralgicznym i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związane są z cyklem życia tego produktu. Cykl życia produktu został zdefiniowany w art. 2 pkt 1a) ustawy Pzp, jako wszelkie możliwe kolejne fazy istnienia danego produktu, to jest: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcję, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie, logistykę, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie. W Nocie wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa dostaw na którą wskazywano w odwołaniu, bezpieczeństwo dostaw można zdefiniować jako gwarancję dostarczenia produktów i usług wystarczających dla państwa członkowskiego do wykonania swoich zobowiązań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa a także, że bezpieczeństwo dostaw stanowi szczególne wyzwanie ze względu na niezwykle długi okres użytkowania produktu w przypadku większości sprzętu wojskowego, co wymaga wsparcia logistycznego, unowocześniania, modernizacji, niejednokrotnie – tak jak we wskazywanych umowach - przez wiele lat. Zatem pojęcie bezpieczeństwa dostaw nawiązuje do zapewnienia zamawiającemu nie tylko samej niezakłóconej dostawy przedmiotu zamówienia zgodnego z postawionymi wobec tego przedmiotu wymaganiami [co jest konieczne nie tylko w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, ale w każdym postępowaniu], ale również zagwarantowania stabilności dostawy, utrzymania tego przedmiotu oraz jego rozwoju w dłuższej perspektywie jego użytkowania. Chodzi tu więc także o zapewnienie sprawnego, niezakłóconego serwisu, realizacji uprawnień gwarancyjnych a nawet więcej – zdolności do rozbudowy, adaptacji przedmiotu zamówienia stosownie do zmieniających się wraz z upływem czasu potrzeb zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Pojęcie bezpieczeństwa dostaw użyte na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień

28

publicznych a także przywołanej wyżej Dyrektywy odwołuje się zatem do zagwarantowania ciągłości, sprawności przedmiotu dostawy oraz całej jego obsługi po tej dostawie, takiej jak serwis i rozbudowa, konserwacja, dostarczanie części zamiennych, czy szybkie i zdyscyplinowane reagowanie na sygnały o problemach w funkcjonowaniu przedmiotu zamówienia, w związku z jego szczególnym i newralgicznym charakterem oraz znaczeniem dla realizacji doniosłych celów, jakimi jest zapewnienie bezpieczeństwa państwa. Tym samym bezpieczeństwo dostaw będzie niewątpliwie z związane z wykonywaniem zobowiązań umownych przez wykonawcę w zakresie zapewnienia ciągłości dostaw, ich poprawnego serwisowania, realizacji uprawnień gwarancyjnych oraz zapewnienia perspektywy tych dostaw i usług im towarzyszących a także usług serwisowych pogwarancyjnych – tak długo jak ma być użytkowany przedmiot zamówienia [zgodnie z jego cyklem życia].

Wykonawca MAW TELECOM INTL S.A., tak jak ustalił Zamawiający, naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw wobec nienależytego wykonywania, a nawet niewykonywania obowiązków wynikających z udzielonych gwarancji i zobowiązań serwisowych w ramach umowy Nr DZSZ/195/V-5/UZ/PRZ/NEG/Z/2007-2008/396/140 z dnia 10 kwietnia 2008 r. oraz umowy Nr IU/395/V-12/UZ/NEG/K/2011/335/158 z dnia 11 października 2011 r. które - w związku z obowiązującym wówczas art. 4 ust. 3 lit f ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dotyczącym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zostały zawarte na podstawie decyzji Nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony na rodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. Nr 14, poz. 179 ze zm.). W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do pierwszej z umów z dnia 10 kwietnia 2008 r. dotyczącej dostawy systemu VCS oraz do umowy z dnia 11 października 2011 r. dotyczącej dostawy systemu nawigacji TACAN - stosuje się art. 296 Traktatu Ustanawianego Wspólnotę Europejską [aktualne odniesienie art.346 Traktatu o funkcjonowaniu UE] .

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że treść powołanych umów z dnia 10 kwietnia 2008 r. oraz z dnia 11 października 2011 r., a także załączone do odpowiedzi na odwołanie dokumenty, i dokumenty przedkładane w toku rozprawy potwierdzają w sposób obiektywny i wiarygodny, że Odwołujący nie wywiązał się w należyty sposób z zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych określonych w tych umowach. Z korespondencji kierowanej do Odwołującego, wynika, że był on wielokrotnie wzywany do dokonania napraw gwarancyjnych w ramach zawartych umów (m. in. naprawa gwarancyjna posterunku VCS, rejestracji korespondencji lotniczej DIVOS, zasilacza awaryjnego UPS, uszkodzonego dysku twardego

29

serwera DELL, matrycy konsoli KWM, przełącznika nożnego stanowiska roboczego CWP 03, zasilacza pulpitu nawigatorskiego systemu komunikacji głosowej) oraz do zwrotu pobranych do naprawy urządzeń. Fakt nienależytego wykonania zobowiązań wykonawca przyznał w korespondencji kierowanej do Zamawiającego, tłumacząc to brakami kadrowymi, jak również brakiem potencjału technicznego i logistycznego (m. in. pismo Nr 21065 z dnia 16 października 2013 r.) Kolejnym dowodem potwierdzającym nierzetelność Odwołującego jest pismo Nr 17683 z 29 sierpnia 2014 r. i pismo Nr 18679 z dnia 12 września 2014 r., w których to Odwołujący przeprasza Zamawiającego za zwłokę w udzielaniu odpowiedzi potwierdza pośrednio nie wywiązywanie się ze zobowiązań gwarancyjnych. W piśmie Nr 21065 z dnia 16 października 2013 r. jednoznacznie przyznaje, że po stronie wykonawcy pojawiają się problemy w realizacji umów. Odwołujący wskazuje, „że nasz serwis rzeczywiście nie dotrzymał ustalonych terminów realizacji napraw”. Jednocześnie Odwołujący informuje, iż w związku z zaistniałymi opóźnieniami dokonał zmian kadrowych w komórce organizacyjnej odpowiedzialnej za naprawy sprzętu oraz, że niezrealizowanie napraw jest problemem okresowym, zapewniając, że od tego czasu będą one wykonywane zgodnie z obowiązującymi umowami. Pomimo tych deklaracji, nadal miało miejsce niezgodne z postanowieniami umów wykonywanie zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na pismo Nr 1966/13 z dnia 01 sierpnia 2013 r. potwierdzające, że opóźnienia w realizacji umowy miały wpływ na bieżącą pracę operacyjną. O istotności napraw gwarancyjnych świadczy fakt, iż jedna ze stwierdzonych usterek spowodowała wyłączenie z pracy bojowej PR VCS w m. Roskosz. Także w piśmie Nr 1700/13 z dnia 16 lipca 2013 r., Dowódca Jednostki Wojskowej Nr 2823 domagając się pilnej reakcji MAW Telecom International S.A. w celu usprawnienia systemu MVCS, na skutek awarii zasilacza UPS typu SCHRACK dostarczonego, jako zamienny po awarii oryginalnego zasilacza, zaznaczył, że czas usuwania awarii ww. zasilacza jest bardzo długi i niezgodny z zapisami umowy. Izba zwraca uwagę, że w piśmie Nr V/7275/14 z dnia 13 czerwca 2014 r., Zamawiający ponownie zwrócił się do Odwołującego o niezwłoczne dokonanie właściwych wpisów do kart gwarancyjnych wskazujących czas przedłużenia gwarancji pod rygorem zastosowania kar umownych i w tym samym piśmie podnosi kwestię pilnego wykonania zaległych napraw. Z kolei z pisma Jednostki Wojskowej Nr 1653 (pismo wych. Nr GW/6508/14 z dnia z dnia 03 listopada 2014 r.) wynika, iż MAW Telecom Intl. S.A. nie reagowało w żaden sposób, m. in. na „Protokół Reklamacji” z dnia 29.09.2014 r. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami Karty Gwarancyjnej rozpatrzenie „Protokołu Reklamacji” powinno nastąpić w terminie 7 dni, natomiast na usprawnienie wadliwych wyrobów termin określono na 14 dni. Odwołujący - MAW Telecom Intl. S.A. nie podjął w określonych terminach żadnych czynności zmierzających do usunięcia powstałych w wyrobach wad. Izba zwraca uwagę także na pismo z dnia 16 lipca 2014 r., w którym

30

Zamawiający wzywa Odwołującego do zwrotu wszystkich urządzeń, które Odwołujący pobrał do naprawy oraz m.in. na pismo z dnia 9 czerwca 2014 r., w którym Zamawiający prosi o pilne wyjaśnienie z jakich powodów przetrzymywany jest przez firmę MAW Telecom Intl. S.A. konwerter Groomer, który pobrano do naprawy 19 sierpnia 2013 r. Z pisma nr 6557/ISI z dnia 20.08.2014 r. wynika, że zachowania Odwołującego, polegające na niewykonywaniu i nienależytym wykonywaniu zobowiązań gwarancyjnych i serwisowych, (...) negatywnie wpływają między innymi na funkcjonowanie stanowisk nawigatorów naprowadzania poprzez obniżenie ich gotowości do zabezpieczenia zadań lotniczych realizowanych w Siłach Zbrojnych RP. W piśmie tym ponownie zawarto żądanie zwrotu pobranych przez wykonawcę do naprawy urządzeń będących własnością wojska. Izba zwraca uwagę, że do dnia

rozprawy m.in. wskazywany konwertor – co potwierdził to wykonawca - nie został zwrócony.

Zdaniem Izby powyższe świadczy o tym, że wykonawca MAW Telecom Intl. S.A. naruszył bezpieczeństwo dostaw podczas realizacji zawartych umów na dostawę systemu VCS i na dostawę systemu nawigacji TACAN, i tym samym nie daje gwarancji zdolności do zrealizowania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w ramach zamówienia, o którego udzielenie się ubiega. Tym samym decyzja o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw była uzasadniona.

Odnosnie drugiej z przesłanek wskazanych w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w niniejszej sprawie nie było uzasadnione powoływanie się na odrębną przesłankę z art. 131e ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się tego wykonawcę, 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.

Zdaniem Izby zastosowanie tej przesłanki wiąże się bowiem z brakiem lub utratą wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy o ochronie informacji niejawnych, co w przypadku wykonawcy nie zaistniało. Izba zwraca uwagę, że w literaturze przykładowo wymienia się, że podstawę wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego mogą stanowić wyniki sprawdzenia przedsiębiorcy z urzędu lub ustalenia kontroli ochrony informacji niejawnych, a uprawnionymi do wydania takiej decyzji jest Agencja Bezpieczeństwa

31

Wewnętrzny albo Służba Kontrwywiadu Wojskowego. Zamawiający nie wykazał jednocześnie, w jaki inny sposób niż w drodze wydania wskazanej decyzji uznano wykonawcę za nieposiadającego [przez jaki organ i w związku z jakimi okolicznościami] wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

W okolicznościach faktycznych sprawy, argumentacja Zamawiającego podana w decyzji z dnia 20.11.2014 r. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, związana z nienależytym wywiązywaniem się z umów w dziedzinie dostaw obronności i bezpieczeństwa, w tym przypadku naruszeniem zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, nie może stanowić jednocześnie podstawy do zastosowania innej niezależnej przesłanki z art. 131e ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczącej podstaw wykluczenia wykonawcy, 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 o ochronie informacji niejawnych. W tym przypadku należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że na dzień 20 listopada 2014 r. Zamawiający nie wykazał, w omawianym zakresie braku wiarygodności wykonawcy MAW Telecom Intl. S.A. niezbędnej do wykluczenia zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Tak jak słusznie Odwołujący stwierdził takie uznanie powinno wynikać, albo z decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego albo z innego dokumentu lub czynności, które powinny być powiązane lub wynikać z ustawy o ochronie informacji niejawnych. W tym stanie faktycznym naruszenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw w ramach wskazanych umów może tylko stanowić o braku zdolności [wiarygodności] wykonawcy MAW Telecom Intl. S.A. do zrealizowania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w ramach zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenie w zakresie tej przesłanki pozostaje, tak jak wskazuje przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp, bez wpływu na wynik tego postępowania z uwagi na potwierdzone naruszenie przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia

32

Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

.....
.....
.....

33