

WYROK

z dnia 26 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) W..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" W..... P....., (3) ASD Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Plac Staszica 1, 64-920 Piła** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) W..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, (3) ASD Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Plac Staszica 1, 64-920 Piła** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) W..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" W..... P....., (3) ASD Sp. z**

o.o., adres dla pełnomocnika: Plac Staszica 1, 64-920 Piła tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** (1) **KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o.** (pełnomocnik wykonawców), (2) **W..... P.....**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" W..... P.....**, (3) **ASD Sp. z o.o.**, adres dla pełnomocnika: **Plac Staszica 1, 64-920 Piła** na rzecz **Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Modernizację systemu elektroenergetycznego JW. 1156 Poznań-Krzesiny - wykonanie robót budowlanych*

8 lipca 2013 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania o udzielenie zamówienia informując o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

12 lipca 2013 roku Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podnosząc:

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania wymagał by wykonawcy na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykazali że: „1) spełniają wymogi ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. z 2010r. Nr 182, poz.1228) w zakresie ochrony informacji niejawnych, w tym: -pracownicy odpowiedzialni za realizację zadania muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą ZASTRZEŻONE lub pisemne upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych oraz zaświadczenie o odbyciu szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych, - Wykonawca musi posiadać akredytowany system teleinformatyczny do wytwarzania (przetwarzania) informacji niejawnych o klauzuli ZASTRZEŻONE (w tym obsługi geodezyjnej), -Wykonawca musi posiadać koncesję MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia upoważniającą do realizacji ochrony w formie zabezpieczenia technicznego zgodnie z art. 3 ust 2 ustawy z dnia 22.08.1997r o ochronie osób i mienia (tekst jednolity Dz. U. nr 145 poz. 1221 z 2005 r. ze zmianami) a pracownicy tego Wykonawcy muszą posiadać licencję pracownika zabezpieczenia technicznego pierwszego stopnia. Warunki wymagane od Wykonawców sprawdzane będą na podstawie złożonych we wniosku dokumentów poświadczeń. Przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków zamawiający będzie się kierował zasadą: spełnienia lub niespełnienia. Nie może być żadnego stanu pośredniego co oznacza, że warunek spełniony częściowo będzie oceniony jako niespełniony. Wykonawca musi spełnić wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego” (sekcją III rozdział III.3.1. ogłoszenia). Jednocześnie w celu wykazania spełnienia ww. warunku Zamawiający wymagał wypełnienia załącznika nr 7 do ogłoszenia obejmującego oświadczenie wykonawcy o spełnianiu wymogów przepisów o ochronie informacji

niejawnych, w tym oświadczenie, że osoby wymienione w tym oświadczeniu „posiadają poświadczenia bezpieczeństwa do dostępu do informacji niejawnych oznaczone klauzulą „ZASTRZEZONE” oraz zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych”.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołujący złożyli wniosek o dopuszczenie ich do udziału w przetargu załączając do niego m.in. wypełniony załącznik nr 7 do ogłoszenia obejmujący oświadczenie wykonawcy o spełnianiu wymogów przepisów o ochronie informacji niejawnych, w tym oświadczenie, że osoby wymienione w tym oświadczeniu (wykazie) posiadają poświadczenia bezpieczeństwa do dostępu do informacji niejawnych oznaczone klauzulą „ZASTRZEZONE” oraz zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych w celu potwierdzenia spełniania przez Odwołujących warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, tj. warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W oświadczeniu (wykazie) tym, zamieszczony został m. in. administrator systemu teleinformatycznego w osobie Z..... P....., legitymującego się zaświadczeniem o odbyciu przeszkolenia z zakresu obowiązków administratora systemu lub sieci teleinformatycznej nr 273/2001 wystawionym przez Wojskowe Służby Informacyjne. Zaświadczenie to potwierdza odbycie specjalistycznego przeszkolenia z zakresu obowiązków „administratora systemu” w przedmiocie ochrony informacji niejawnych. W dniu 8 lipca 2013 r. Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczył Odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia wskazując, iż wykonawca „[...] nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu”. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołujących zamawiający podniósł, iż „na potwierdzenie spełniania ww. warunku, Wykonawca musiał wykazać, że spełnia wymogi ustawy o ochronie informacji niejawnych, w tym że pracownik, tj. Administrator Systemu Teleinformatycznego posiada zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych wydane przez SKW lub ABW (zgodnie z art. 52 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5.08.2010 r. - Dz. U. z 2010 r. nr 182, poz. 1228, z dnia 1.10.2010)”.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, odwołujący spełnili wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Po pierwsze, Zamawiający w ogłoszeniu nie wymagał by „pracownik, tj. Administrator Systemu Teleinformatycznego posiadał zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych wydane przez SKW lub ABW (zgodnie z art. 52 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5.08.2010 r. - Dz. U. z 2010 r. nr 182, poz. 1228, z dnia 1.10.2010)”, tylko by „pracownicy odpowiedzialni za realizację zadania posiadali

poświadczenie bezpieczeństwa do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą ZASTRZEŻONE lub pisemne upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych oraz zaświadczenie o odbyciu szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych". Po drugie, administrator systemu teleinformatycznego w osobie Z..... P....., posiada zaświadczenie o odbyciu szkolenia z bezpieczeństwa teleinformatycznego tyle, że wystawione przez Wojskowe Służby Informacyjne. W myśl natomiast art. 74 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2006 r. Nr 104, poz. 711), „decyzje, poświadczenia bezpieczeństwa, certyfikaty i świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz umowy i porozumienia wydane lub zawarte przez Szefa WSI na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów zachowują ważność, chyba że na podstawie odrębnych przepisów zostaną zmienione lub utracą ważność”. Akty te nie zostały zmienione na podstawie odrębnych przepisów, ani nie utraciły ważności. Tym samym zaświadczenie o odbyciu szkolenia z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego wystawione dla Z..... P..... przez Wojskowe Służby Informacyjne jest ważne. Na marginesie wskazać należy, iż także Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego Delegatura w Szczecinie nie zakwestionowała ważności tego zaświadczenia i wydała „Świadectwo akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego nr 5/SZC/2012” do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli „TAJNE” dla partnera konsorcjum firmy ASD Sp. z o.o. w Szczecinie.

W konsekwencji przyjęć należy, iż odwołujący wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym brak było podstaw do ich wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołujących, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez odwołujących oraz dopuszczenie odwołujących do udziału w przetargu; obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 lipca 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Odwołujący wskazał następujący dowód - (dowód nr 1) Świadectwo Akredytacji Bezpieczeństwa Systemu Teleinformatycznego nr 5/SZC/2012

Zamawiający złożył pismo datowane na dzień 25 lipca 2013 roku zawierające stanowisko Zamawiającego w sprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali że: „1) spełniają wymogi ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. z 2010r. Nr 182, poz.1228) w zakresie ochrony informacji niejawnych, w tym: -pracownicy odpowiedzialni za realizację zadania muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą ZASTRZEŻONE lub pisemne upoważnienie kierownika jednostki

organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych oraz zaświadczenie o odbyciu szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych (...). Odwołujący złożył informację zgodnie z załącznikiem nr 8 do ogłoszenia – oświadczenie o spełnieniu wymogów przepisów o ochronie informacji niejawnych. Wskazać należy, że Odwołujący prawidłowo odczytał wymagania jakie kształtowane są przez przepisy prawne dotyczące ochrony informacji niejawnych i wskazał w oświadczeniu Zaświadczenie nr 273/2001 o odbyciu specjalistycznego przeszkolenia w zakresie informacji niejawnych przez Administratora Systemu Teleinformatycznego pana Z..... P....., które zostało wydane przez byłe Wojskowe Służby Informacyjne.

Zgodnie z art. 52 ust. 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 182 poz. 1228 z 2010 roku; dalej: ustawa o ochronie informacji niejawnych) *Stanowiska lub funkcje, o których mowa w ust. 1, mogą zajmować lub pełnić osoby spełniające wymagania, o których mowa w art. 16, po odbyciu specjalistycznych szkoleń z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego prowadzonych przez ABW albo SKW* wynika, że specjalistyczne szkolenia z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego prowadzone są przez ABW albo SKW i nie ma w tym przepisie wzmianki o WSI. Zgodnie z art. 16 ww. ustawy *Pracownikiem pionu ochrony w jednostce organizacyjnej może być osoba, która posiada: (...) 3) zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych.* Zamawiający jednoznacznie określił, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie mają spełniać wymogi ustawy o ochronie informacji niejawnych, dodatkowo wskazał w załączniku nr 8 do SIWZ, że należy podać informacje o zaświadczeniu wydanym przez ABW lub SKW.

Odnosząc się do powołanego przez Odwołującego art. 74 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. przepisy wprowadzające ustawę o służbie kontrwywiadu wojskowego oraz ustawy służbie wywiadu wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy służby kontrwywiadu wojskowego oraz służby wywiadu wojskowego (Dz. U. nr 104 poz.711 z 2006 r.) - *Decyzje, poświadczenia bezpieczeństwa, certyfikaty i świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz umowy i porozumienia wydane lub zawarte przez Szefa WSI na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów zachowują ważność, chyba że na podstawie odrębnych przepisów zostaną zmienione lub utracą ważność* wskazać należy, że przepis stanowi enumeratywne wyliczenie i nie zawiera w swej treści „zaświadczenia”. Tym samym zasadną była argumentacja Zamawiającego, iż nie można przepisu tego stosować do zaświadczeń wydawanych przez WSI, bowiem gdyby wolą ustawodawcy było aby zaświadczenia zachowały ważność na gruncie nowo obowiązujących przepisów, zostałyby to uwzględnione w treści art. 74 ww. ustawy. Należy mieć również na uwadze, że zgodnie z art. 20 ustawy o ochronie informacji niejawnych *Szkolenie, o którym mowa w art. 19 ust. 1, kończy się*

wydaniem zaświadczenia. Odbierając zaświadczenie, osoba przeszkolona składa pisemne oświadczenie o zapoznaniu się z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

W piśmie z 25 lipca 2013 roku zawierającym stanowisko Zamawiającego w sprawie, Zamawiający wskazał na Wytyczne Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych (str. 3/25, pkt 3, lit. b, tiret 4) podnosząc, że zgodnie z tym dokumentem „szkolenia realizowane przez WSI straciły swoją ważność”. Choć ww. wytyczne nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego, co twierdził Odwołujący, to nie można pomijać ich przy rozpoznaniu tej sprawy, wskazać bowiem należy, że ściśle dotyczą one Zamawiającego, który obowiązany jest do ich przestrzegania a jednocześnie stanowią odzwierciedlenie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Wskazany przez Odwołującego dowód (dowód nr 1) Świadcstwo Akredytacji Bezpieczeństwa Systemu Teleinformatycznego nr 5/SZC/2012 na okoliczność wykazania, że pan Z..... P..... dysponuje prawidłowym zaświadczeniem, co było m.in. podstawą wydania świadectwa akredytacji – dowód ten nie potwierdza ważności zaświadczenia nr 273/2001 dla pana Z..... P..... a dowodzi tylko tego, że wskazany w świadectwie podmiot uzyskał ww. świadectwo akredytacji. Nie można wywieść z przedstawionego dokumentu, że podstawą jego wydania (między innymi) było zaświadczenie nr 273/2001.

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych o uzupełnienie dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu natomiast Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił stanowisko jak w odwołaniu. Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania była prawidłowa, Zamawiający wykazał wykluczając Odwołującego z postępowania zaistnienie przesłanek z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 rozporządzenia 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: