

Sygn. akt: KIO 1151/21

WYROK
z dnia 11 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 czerwca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 kwietnia 2021 r.** przez wykonawcę **AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Dostawę sprzętu wysokościowo - ratowniczego i spadochronowo – desantowego” (nr postępowania IU/149/IX-58/ZO/WROiB/DOS/SS/2020), zostało wszczęte w dniu 25.11.2020 r. przez Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym” poprzez zaproszenie do negocjacji AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo zwanej dalej: „AIR-POL Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., zwanej dalej: „Pzp”).

W dniu 06.04.2021 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu na podstawie art. 131 e ust.1 pkt 5 Pzp z udziału w postępowaniu AIR-POL Sp. z o.o. Stwierdził w niniejszym piśmie, że: „Zamawiający informuje, że w dniu 23.03.2021 r. do Inspektoratu Uzbrojenia wpłynęło pismo od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa z informacją, iż posiada ona informacje, które zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy Air-Pol Sp. z o.o. z postępowania.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu wysokościowo-ratowniczego i spadochronowo-desantowego. Skutkiem wykluczenia Wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki jest unieważnienie tego postępowania.

Jednocześnie Zamawiający, zgodnie z art. 131e ust. 4 Ustawy, odstępuje od uzasadnienia powyższej decyzji, gdyż informacje otrzymane od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia Wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący zastrzegła iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu.

Jak wskazał Zamawiający postępowaniu o udzielenie zamówienia jest prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki i jedynym Wykonawcą jest Odwołujący. Nie ma żadnych zgłoszonych przystąpień w postępowaniu. (...)”.

Ustalenia Izby odnośnie formalnej skuteczności odwołania:

W dniu 16.04.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AIR-POL Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynności z 06.04.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w *tym samym dniu (e-mailem)*. Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu mimo, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania;
- 2) art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu mimo, iż uzyskana przez Zamawiającego informacja stanowiąca (według Zamawiającego) podstawę do wykluczenia nie stanowi stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub uznania go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa;
- 3) art. 93 ust. 1 Pzp w zw. z art. 67 i 68 Pzp, przez zastosowanie instytucji unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki mimo, iż przepisy Pzp nie przewidują takiej możliwości.

Odwołujący wnosił jednocześnie o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie decyzji zawartej w informacji z 06.04.2021 r. o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, - kontynuacji postępowania z udziałem Odwołującego.

Zamawiający pismem z 25.11.2020 r., działając na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 4 w związku z art. 131a ust. 1 pkt 1 Pzp, zaprosił Odwołującego do negocjacji w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę sprzętu wysokościowo - ratowniczego oraz sprzętu spadochronowo - desantowego. Umowa miała zostać podpisana po wynegocjowaniu wszystkich warunków umowy, złożeniu wymaganych zaproszeniem dokumentów, a także wykazaniu przez Odwołującego, że (i) nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 oraz 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, oraz (ii) spełnia warunki uczestniczenia w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Pismem z 04.01.2021 r., Odwołujący odpowiedział na zaproszenie do udziału w negocjacjach m.in. oferując za realizację przedmiotu zamówienia kwotę 6.204.756,00 zł. Dodatkowo złożył wymagane zaproszeniem dokumenty, a także wykazał, że (i) nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 oraz 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, oraz (ii) spełnia warunki uczestniczenia w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Następnie Odwołujący, w dniu 04.02.2021 r. otrzymał za pośrednictwem poczty elektronicznej projekt umowy wraz z informacją, że warunkiem jej zawarcia jest (i) dostarczenie do Zamawiającego certyfikatów tkanin celem wpisania do umowy oraz (ii) wniesienie zabezpieczenia należytego

wykonania umowy. Nie było innych warunków. W korespondencji e-mail z 08.02.2021 r. Odwołujący potwierdził, że akceptuje projekt umowy i kompletuje stosowną dokumentację dotyczącą tkanin, które zostaną wykorzystane przy realizacji zamówienia. W dniu 25.02.2021 r. zostało wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 27.225,00 zł oraz pismem nr L.Dz. PM-1/20-02-2021 z 23.02.2021 r. zostały dostarczone do Zamawiającego wszystkie wymagane certyfikaty na tkaniny. Odwołujący spełniał wszystkie wymagane dla uczestniczenia w postępowaniu kryteria. W dniu 06.04.2021 r. Odwołującemu została doręczona informacja o wykluczeniu go z postępowania. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania.

W pierwszej kolejności wskazał, że Odwołujący złożył - w najlepszej wierze - wszelkie oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że spełnia on wszelkie warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Odwołujący ma siedzibę na terenie Unii Europejskiej.

Odwołujący posiada ważną i aktualną koncesję na obrót w zakresie określonym w WT V ust. 7 poz. 2 w Części IV Załącznika Rodzaje wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym WT do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 roku w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzania lub obrót jest wymagana koncesja. Koncesja ta ani na dzień składania wniosków ani na dzień składania niniejszego odwołania nie została cofnięta czy w inny sposób unieważniona. Odwołujący wskazuje, że na stronie internetowej MSWiA - organu wydającego koncesje i prowadzącego rejestr wydanych koncesji - <https://archiwumbip.mswia.gov.pl/bip/form/159.Rejestr-przedsiębiorcow-posiadajacych-koncesje-na-wykonywanie-dzialalnosci-gospo.html>, koncesja wydana dla Odwołującego i oznaczona numerem B-005/2003 widnieje jako koncesja ważna. Co istotne, jest to informacja aktualna i wiarygodna o tyle, że rejestr - jak wynika z informacji zamieszczonej na stronie internetowej - jest aktualizowany raz w tygodniu w ostatnim dniu roboczym. Na dzień sporządzenia odwołania ostatnim dniem roboczym, w jakim przeprowadzona była aktualizacja był piątek 09.04.2021 r. Skoro koncesja pozostawała ważna na ten dzień, to bez wątpienia była ona ważna zarówno na dzień 23.03.2021 r. (dzień, w którym Zamawiający otrzymał rzekome informacje od instytucji właściwej w sprawach ochrony i bezpieczeństwa wewnętrznego państwa), jak i na dzień 06.04.2021 r. (dzień poinformowania o wykluczeniu Odwołującego).

Odwołujący nie posiada również wiedzy, by w związku z koncesją prowadzone było przez organ właściwy jakiegokolwiek postępowanie. Istotne jest natomiast to, że w dniu 01.12.2020 r., Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji w postępowaniu oznaczonym sygn. DZiK-I-6611-642-I/20/B-005/2003/KM wydał Decyzję 8 do koncesji nr B-005/2003 aktualizującą reprezentację Odwołującego i jego pełnomocnika oraz dokonując

wpisu zgodnego w tym zakresie ze składem powołanych władz Odwołującego. Żadne inne dane objęte koncesją nie uległy zmianie. Decyzja ta nie została zaskarżona w żaden sposób. Dokumenty w tym zakresie zostały złożone u Zamawiającego i ma on ich pełną świadomość. Odwołujący wykazał również odpowiednimi dokumentami z banku, że posiada wymaganą zdolność finansową. W ocenie Odwołującego nie zaszła zatem przesłanka wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 1 Pzp, gdyż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania.

Zamawiający wskazał w informacji z 06.04.2021 r., iż wykluczenie Odwołującego następuje na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp. Powołany przepis stanowi, że 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 roku o ochronie informacji niejawnych. Odwołujący nie zna treści uzasadnienia ani treści pisma będącego podstawą do dokonania przez Zamawiającego wykluczenia na tej podstawie, jednak stwierdzić może jednoznacznie, że przesłanka ta względem niego nie zachodzi.

Przede wszystkim z literalnego brzmienia przepisu wynika, że wykluczeniu podlega tylko taki wykonawca, który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw. W ocenie odwołującego z takiego brzmienia przepisu wywieść należy, że naruszenie takie musi być stwierdzone. Jedynym sposobem do stwierdzenia opisywanego stanu jest odpowiednie postępowanie sądowe lub administracyjne. Względem Odwołującego - jako wykonawcy w rozumieniu Pzp - takie postępowanie nie jest i nie było prowadzone. Nawet zatem - czego nie sposób zweryfikować - jeżeli instytucja właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa posiada jakieś informacje dotyczące naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, które stanowią podstawę wszczęcia takiego postępowania, to nie jest to jeszcze jednoznaczne z potwierdzeniem dokonanego naruszenia. System prawa nie działa, w żadnej jego dziedzinie w taki sposób, by podmiot względem którego stawiane są jakiegokolwiek zarzuty czy podejrzenia, pozbawiony był nie tylko wiedzy o tych zarzutach, ale przede wszystkim wywodzonego z Konstytucji prawa do obrony. Na tym etapie zatem można co najwyżej ewentualnie wskazywać na podejrzenie naruszenia we wskazanym w Pzp zakresie (czemu Odwołujący przeczy), ale taka okoliczność nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp.

Podobnie, w przypadku przesłanki wykluczenia odnoszącej się do wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, Odwołujący zwraca uwagę, że przepis art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp wskazuje wprost na możliwość wykluczenia wykonawcy na tej podstawie jedynie, gdy wykonawca zostanie uznany za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Odwołujący podkreśla, że uznanie takie nie może być rozumiane jako podejrzenie; uznanie, o którym mowa w Pzp jest stwierdzeniem określonego faktu (zgodnie z definicją słownikową terminu „uznać”), a zatem powinno być wyrażone w formie decyzji, wyroku czy postanowienia (i to raczej ostatecznych), a nie w formie przekazanej posiadanej przez organ informacji potencjalnie mogącej stanowić podstawę do wszczęcia postępowania względem wykonawcy.

Reasumując, Odwołujący wskazuje, że wpłynięcie do Zamawiającego pisma od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa „z informacją, iż posiada ona informacje”, nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż informacja taka nie stanowi ani bezspornego stwierdzenia naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, ani prawnego uznania wykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Na marginesie jedynie Odwołujący wskazał, że przepis art. 131 e ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się wyłącznie do wykonawcy i stwierdzeń dotyczących jego sytuacji prawnej, a nie ewentualnych postępowań dotyczących osób reprezentujących wykonawcę, które w przypadku odwołującego oraz członków jego władz również nie mają miejsca.

Odwołujący wskazał również w tym miejscu, że wobec nieudostępnienia mu informacji o podstawie do wykluczenia, wątpliwości poddać należy nie tylko to, czy informacja jest wiarygodna merytorycznie, ale również to, czy pochodzi ona od instytucji właściwej w tym zakresie. Przepis art. 131e ust. 4 Pzp pozwala bowiem jedynie na odstąpienie przez Zamawiającego od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu w przypadku, gdy podstawą do wykluczenia jest informacja przekazana przez instytucje właściwe w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa i stanowi ona informację niejawną, a przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu. Z przepisu wynika zatem, że jedynie określony katalog podmiotów może postanowić o ograniczeniu Odwołującego w uzyskaniu informacji dotyczących podstaw wykluczenia (a de facto zaistniałego naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub uznania za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa), a ograniczenie to dodatkowo może dotyczyć wyłącznie informacji niejawnych, czyli takich, którym formalnie

nadano taki status, a nie takim, co do których instytucja po prostu nie wyraża zgody na udostępnienie zainteresowanemu wykonawcy.

Odwołujący sprzeciwił się zatem zarówno utajnieniu informacji będących podstawą do wykluczenia go z postępowania, jak i samemu wykluczeniu, zauważając, iż brak jest podstaw do jego dokonania. Nie istnieje bowiem w obrocie prawnym żadna decyzja, wyrok czy postanowienie, ale również nie toczy się w tym zakresie żadne postępowanie, którego Odwołujący, jako wykonawca w rozumieniu Pzp byłby stroną czy przedmiotem, które dotyczyłyby stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw czy też uznania Odwołującego za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Opieranie się jedynie na ewentualnych wstępnych informacjach, w ramach których Odwołujący (o ile w ogóle informacje dotyczą Odwołującego jako wykonawcy w rozumieniu Pzp) pozbawiony jest prawa przedstawienia własnego stanowiska jest naruszeniem przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z czym Odwołujący wnosił o unieważnienie decyzji z 06.04.2021 r. i kontynuowanie postępowania z jego udziałem.

Odwołujący wskazał musi dla porządku, że jako podmiot prawa gospodarczego rozpoczął swoją działalność w 1989 roku i jest jedynym producentem sprzętu spadochronowego na rynku polskim. Jest spółką całkowicie opartą o kapitał krajowy. Zakres działalności Odwołującego obejmuje: projektowanie, produkcję, badania, sprzedaż, dostawę oraz wszechstronną obsługę techniczną wojskowych i cywilnych systemów spadochronowych i ratowniczo-wysokościowych. Głównym odbiorcą sprzętu są Siły Zbrojne RP. Na potrzeby armii Odwołujący projektuje i produkuje sprzęt spadochronowy i ratowniczo - wysokościowy, a w tym m.in.: spadochrony desantowe o konstrukcji klasycznej, jak i tunelowej, spadochrony szkolno - treningowe, spadochrony sportowo - wyczynowe, spadochrony ratownicze, spadochrony hamujące do samolotów odrzutowych, wysokościowe ubiory kompensacyjne dla pilotów. Odwołujący zapewnia także błyskawiczne serwisowanie w/w sprzętu, jego remonty, jak i pełną obsługę techniczną oraz wsparcie szkoleniowe. Przez ponad 30 lat Odwołujący dostarczał Siłom Zbrojnym RP kilkadziesiąt tysięcy niezawodnych i bardzo konkurencyjny cenowo spadochronów wraz ze sprzętem ratowniczo - wysokościowym. Oszczędnie dysponując własnymi ograniczonymi możliwościami ekonomicznymi Odwołujący sfinansował wszystkie prace badawcze związane z unowocześnianiem sprzętu spadochronowego, produkcją nowoczesnych pomocy szkoleniowych (symulatorów skoków), a także przyczynił się do uruchomienia produkcji krajowej wielu materiałów niezbędnych do wytwarzania sprzętu spadochronowego. Od roku 2020 Odwołujący znajduje się w wykazie przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym i uczestniczy w planowaniu mobilizacyjnym dla Sił Zbrojnych RP. Co istotne, Odwołujący podlega bieżącej ochronie kontrwywiadowczej sprawowanej przez SKW,

natomiast proces produkcji i odbiór sprzętu jest nadzorowany przez stałą obecność przedstawicieli wojska (Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe). Gdyby zatem rzeczywiście Odwołujący stwarzał jakiegokolwiek zagrożenie dla bezpieczeństwa Państwa, to niewątpliwie zostałyby względem niego podjęte oficjalne działania zmierzające do ograniczenia jego działalności, nie tylko poprzez uniemożliwienie uczestnictwa w konkretnych postępowaniach przetargowych, ale w całym zakresie jego działalności. Odwołujący natomiast nie ma wiedzy, by jakiegokolwiek służby podejmowały względem niego tego typu działania. Odwołujący wskazuje natomiast, że pod koniec 2020 roku względem niego prowadzony był atak medialny na portalu Wirtualna Polska kierowany przez bezpośrednią konkurencję Odwołującego - WINGSTORE Z. K. ze Szklarskiej Poręby, którego celem było zdyskredytowanie Odwołującego, jak i osób nią kierujących. Podane przez konkurencję informacje były przez Odwołującego prostowane i wyjaśniane, Odwołujący podejmuje również w tym zakresie kroki prawne, jednak prasowa nagonka nie może być podstawą do uznania przez jakikolwiek organ Państwa, czy Zamawiającego za informacje stanowiące podstawę do wykluczenia z udziału w postępowaniu publicznym na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp. Tak jak wyżej wskazano, przepis ten można zastosować wyłącznie, gdy informacje odnoszące się do wiarygodności danego wykonawcy niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa zostaną uznane, a nie będą znajdowały się jedynie w sferze medialnych spekulacji. Jest to zgodne z zasadą zakazu rozszerzającej interpretacji przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał również, że osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego posiadają aktualne świadectwo bezpieczeństwa w zakresie dostępu do informacji poufnych, i również w tym zakresie nie toczy się żadne postępowanie, które miałyby ograniczyć dostęp tych osób do tak klasyfikowanych informacji. Nielogiczne byłoby zatem uznanie, że podmiot nie może ubiegać się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego, gdyż stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa Państwa, podczas, gdy jednocześnie podmiot ten posiada wszelkie wymagane prawem koncesje, a członkowie jego organów mają dostęp do informacji zastrzeżonych.

Wreszcie Odwołujący podnosił, że na gruncie regulacji Pzp wg stanu z dnia rozpoczęcia postępowania, Odwołujący nie mógł być wykluczony z postępowania, a Zamawiający nie mógł unieważnić postępowania, gdyż nie ma w Pzp przepisu, który umożliwiłby Zamawiającemu dokonanie jednej czy to drugiej czynności w przypadku postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki. W szczególności zaś art. 93 ust. 1 Pzp nie określa przesłanki unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie wolnej ręki, zatem działanie Zamawiającego w tym zakresie nie ma umocowania w przepisie prawa.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 25.11.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”)

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „NPzp”).

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia (zamówienie z wolnej ręki – jedyna oferta).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Dodatkowo w ramach pisma z 28.04.2021 r. wskazano, że przekazując wymagane dokumenty zastrzega się, że kopia pisma Służby Kontrwywiadu Wojskowego o klauzuli „Zastrzeżone” (nr wch. Z-382/IU/21 z 23.03.2021 r.) będącego podstawą czynności od której złożono odwołanie,

została przekazana odrębnie do postępowania odwoławczego KIO 1104/21 za pismem niejawnym nr wych. Z-299/IU/21 z 22.04.2021 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego na rozprawie:

1) koncesji wydanej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji nr B-005/2003 z 28.02.2003 r. na okoliczność wykazania, iż Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji na okoliczność dawania przez Odwołującego rękojmi w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej co do wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym;

2) zgodę na eksport, tj. zezwolenie indywidualne na wywóz towarów wydane przez Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii przy udziale SKW wydane w dniu 26.04.2021 na okoliczność tego, że już po wykluczeniu Odwołującego z postępowania SKW, która brała udział przy wydawaniu wskazanej zgody nie widziała przeszkód co do możliwości eksportu towaru o strategicznym znaczeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu mimo, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania;

2) art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu mimo, iż uzyskana przez Zamawiającego informacja stanowiąca (według Zamawiającego) podstawę do wykluczenia nie stanowi stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub uznania go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa;

3) art. 93 ust. 1 Pzp w zw. z art. 67 i 68 Pzp, przez zastosowanie instytucji unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki mimo, iż przepisy Pzp nie przewidują takiej możliwości.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. W drugim z tych pism Zamawiający stwierdził, że:

„Stan faktyczny:

- 1. W dniu 25.11.2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu Zaproszenie do negocjacji (pismo wych. nr IU-STLot.11823/20 - dalej „Zaproszenie”).*
- 2. W dniu 27.11.2020 r. Zamawiający przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (pismo wych. nr IU-STLot.11914/20).*
- 3. W dniu 11.01.2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu Stanowisko negocjacyjne wraz z oświadczeniami i dokumentami na potwierdzenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz brak jest podstaw jego wykluczenia.*
- 4. W dniu 12.01.2021 r. odbyły się negocjacje, podczas których uzgodniono warunki realizacji zamówienia (Protokół negocjacji). Po uzgodnieniach wewnętrznych z Gestorem Sprzętu wojskowego, Zamawiający w trybie roboczym przekazał Odwołującemu projekt umowy, który został przez niego zaakceptowany.*
- 5. W dniu 04.02.2021 r. Zamawiający skierował do Służby Kontrwywiadu Wojskowego (dalej „SKW”) prośbę o weryfikację podmiotową Odwołującego (pismo wych. nr 16256/21).*
- 6. W dniu 12.02.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante nr 2021/S 030 — 075743.*
- 7. W dniu 23.02.2021 r. (pismo wch. nr 3298/1U/21) Odwołujący przekazał Zamawiającemu certyfikaty/karty techniczne tkanin do produkcji zamawianych spadochronów - co było warunkiem udzielenia zamówienia. Na tym etapie Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i wykazał brak podstaw wykluczenia w zakresie możliwości oceny przez Zamawiającego.*
- 8. W dniu 23.03.2021 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego o klauzuli „Zastrzeżone” (pismo nr wch. Z-382/IU/21 z dnia 23.03.2021 r.), iż SKW posiada informacje, które zgodnie z art. 13 le ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowią podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania. W dniu 29.03.2021 r. SKW przekazało zastrzeżenie (pismo nr wch. 5666/1U/21), iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści ww. pisma niejawnego.*
- 9. Po rozpatrzeniu ww. informacji SKW, w dniu 06.04.2021 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, a na skutek tej czynności postępowanie zostało unieważnione, o czym Odwołujący został poinformowany pismem wych. nr IU-STLot.2868/21.*
- 10. W dniu 16.04.2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego (dalej „Odwołanie”).*

(...) Jak wynika z uzasadnienia Odwołującego, kwestionowanym działaniem Zamawiającego jest uznanie, że Odwołujący nie spełnia podstaw do udziału w postępowaniu. Z tego bowiem wynikają konsekwencje w postaci niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczenia Odwołującego, a tym samym zaniechanie zakwalifikowania go do dalszego udziału w postępowaniu (zawarcia umowy), które to czynności wskazano jako dokonane niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm. - dalej „ustawa Pzp”), formułując ww. zarzuty naruszenia przepisów tej ustawy.

Zamawiający w Zaproszeniu (pkt 12 ppkt 1) wskazał, aby Wykonawca podczas negocjacji, nie później jednak niż przed podpisaniem umowy, złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego, zgodnie z art. 22 ust. 1 b pkt 1 ustawy Pzp, oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do Zaproszenia.

Zarzut Wykonawcy naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny. Wykonawca wskazując naruszenie ww. przepisu, odnosił się do oceny warunków udziału w zakresie klasycznego postępowania, nie biorąc pod uwagę podstawy wykluczenia z postępowania właściwej jedynie dla postępowań z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Jak stwierdziła KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 maja 2021 r. KIO 1104/21: „Stwierdzić należy tym samym, że podnoszenie samodzielnego zarzutu w odniesieniu do podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy nie może być uznawane przez Izbę za właściwe, bowiem taka podstawa wykluczenia nie została przez Zamawiającego wskazana.

W związku z tym, iż postępowanie dotyczyło zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, Zamawiający wskazał również art. 131e ust. 1 ustawy Pzp jako przesłankę podstawy weryfikacji przedmiotowej Wykonawcy, która jest niezależna od pozostałych kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie złożonego przez Odwołującego oświadczenia Zamawiający ocenił, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 12 ppkt 1 Zaproszenia, na dzień składania ww. oświadczenia.

Spełnianie warunku braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający ocenił w dwóch etapach, tj. na podstawie oświadczenia Odwołującego o braku podstaw »wkluczenia oraz na podstawie informacji przekazanej przez SKW.

Należy dodać, że Zamawiający prowadząc postępowania dotyczące zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, każdorazowo zwraca się do instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa (SKW lub

Służba Wywiadu Wojskowego — w zależności od kraju Wykonawcy) z wnioskiem o dokonanie weryfikacji podmiotowej Wykonawców.

W niniejszym postępowaniu, na podstawie złożonego przez Odwołującego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, Zamawiający w pierwszym etapie uznał, że Odwołujący omawiany warunek spełnia. Jednakże informacja przekazana przez SKW w sposób niebudzący wątpliwości wskazała, iż Odwołujący nie spełnia omawianego warunku braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Odwołujący, na podstawie tej samej informacji z SKW, został wykluczony z wszystkich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, w których był uczestnikiem. Odwołanie złożone w związku z tym wykluczeniem z jednego z postępowań zostało przez KIO oddalone - wyrok z dnia 19 maja 2021 r. KIO 1104/21.

Odwołującemu nie są znane informacje, będące w posiadaniu SKW, stanowiące podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie mógł on zatem ocenić czy informacja w tym piśmie zawarta, stanowi stwierdzenie naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw lub uznania go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Dyspozycja art. 131e ust. 1 ustawy Pzp wprost nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek opisanych w pkt 5 tego artykułu. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie miała więc charakteru arbitralnego, dowolnego, ale została oparta o ocenę dokonaną przez właściwą służbę państwową /także art. 39 ust. 2 lit e oraz motyw 65 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/1 TWE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L.216 z 20 sierpnia 2009 r., str. 76 z późn. zm.)/

Dokument otrzymany od instytucji państwowej, w niniejszej sprawie SKW, wiąże Zamawiającego. Tak też orzekła KIO w wyroku z dnia 4 grudnia 2016 r. KIO 2365/17: „Izba oceniając dowody ustaliła, że pochodziły one od właściwej instytucji państwowej oraz zawierały informacje dotyczące Wykonawcy, który złożył wniosek w przedmiotowym postępowaniu. Ustalenia te pozwoliły uznać, iż działania Zamawiającego nie miały charakteru arbitralnego i były podyktowane oceną dokonaną przez właściwą służbę państwową, co stanowiło dla Zamawiającego wiążącą podstawę do podjęcia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Badanie okoliczności, które doprowadziły do takiej, a nie innej oceny Odwołującego, nie leży w gestii Zamawiającego (brak uprawnień). Właściwymi dla tej oceny są organy

państwowe, prowadzące działania operacyjne, umożliwiające zebranie niezbędnych danych o konkretnym podmiocie, w niniejszej sprawie o Odwołującym. Ponadto Zamawiający nie ma podstaw prawnych do podważenia treści informacji otrzymanej z SKW, która stanowiła dla Zamawiającego podstawę i uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego /wyrok KIO z 29 grudnia 2016 r. KIO 2394/16/.

Informacja przekazana przez SKW jest dokumentem niejawnym i z uwagi na to Zamawiający zgodnie z art. 131e ust 4 ustawy Pzp, odstąpił od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Wykonawcy. Tym samym zostały wypełnione przesłanki wskazanego artykułu ustawy Pzp. /szerzej zostało opisane w wyroku KIO z dnia 19 maja 2021 r. KIO 1104/21/

Odwołujący wskazuje, że dysponuje koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, z udzieleniem której związane jest uzyskanie opinii SKW /ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 1545). Nie leży w gestii Zamawiającego stwierdzenie, czy dany podmiot jest uprawniony do prowadzenia wskazanej działalności gospodarczej i jakie działania zostały podjęte w tej sprawie przez SKW.

Odwołujący błędnie twierdzi, że informacja SKW w celu wywołania skutku w postaci wykluczenia z postępowania wymaga oparcia na prawomocnym rozstrzygnięciu orzeczonym w postępowaniu sądowym lub administracyjnym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacja SKW stanowi samodzielną podstawę wykluczenia /wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2018 r. KIO 2388/18.

W świetle powyższego twierdzenie Odwołującego, iż wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Informacja przekazana przez SKW oznacza, że Odwołujący swoim działaniem wypełnił przesłanki określone w art. 131e. ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co stanowiło dla Zamawiającego podstawę wykluczenia go z postępowania.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 67 i 68 ustawy Pzp należy uznać za bezzasadny. Zamawiający zwraca uwagę, że pismem z dnia 06.04.2021 r. (nr wych. IU-STLot.2868/21) jedynie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji zarzut podniesiony przez Odwołującego należy uznać za przedwczesny (brak substratu zaskarżenia).

Podsumowanie

Odwołanie zasługuje na oddalenie z uwagi na to, iż Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, oparł się o informację otrzymaną od SKW,

stanowiącą samodzielną podstawę faktyczną wykluczenia. Wskazał również podstawę prawną nakazującą mu wykluczenie Odwołującego z postępowania. Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności, zarzuty podniesione przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.”.

Zgodnie z zaproszeniem do negocjacji z 25.11.2021 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki – pkt 12 ppkt 1: *„12.Wskazane jest, aby Wykonawca podczas negocjacji złożył nw. oświadczenia i dokumenty. Wymagane jest ich złożenie nie później niż przed podpisaniem umowy:*

1) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, zgodnie z art. 22 ust. 1 b pkt 1 Ustawy oraz o braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do Zaproszenia; (...).”.

W odpowiedzi na zaproszenie Odwołujący pismem 04.01.2021 r. m.in. złożył oświadczenie jako załącznik nr 2: *„oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zgodne z art. 22 ust. 1 b pkt 1 Ustawy oraz o braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do zaproszenia”,* czyli OŚWIADCZENIE o braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Ustalono na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego (nieobjętej żadną klauzulą), protokół posiedzenia Komisji przetargowej, że w dniu 23.03.2021 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego (nr. wch. Z-382/IU/21) w sprawie weryfikacji podmiotowej Wykonawcy AIR-POL Sp. z o.o. i w związku z zawartą w ww. piśmie informacją, że Służba Kontrwywiadu Wojskowego posiada informację, które zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy AIR-POL Sp. z o.o. Zamawiający wyklucza wykonawcę z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 06.04.2021 r. zawiadomił Odwołującego, że na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ramach czynności z 06.04.2021 r. Zamawiający wprost odnosił się do informacji niejawnych otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa, (stanowiące podstawę wykluczenia), co do których instytucja przekazująca zastrzegła, że nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. Zamawiający dysponował dokumentem niejawnym z 23.03.2021 r. (klauzula nadana), co potwierdza pismo złożone w kancelarii tajnej UZP, a którego sygnatury (numery) odpowiadają wskazywanym przez Zamawiającego. Dokument z 23.03.2021 r. jest dokumentem niejawnym (klauzula „zastrzeżone”). W informacji z 06.04.2021 r. podkreślono, że informacje są niejawne.

Dodatkowo ustalono, że w piśmie z 24.03.2021 r. od Zamawiającego do Służby Kontrwywiadu Wojskowego, jak również w piśmie z 29.03.2021 r. od Służby Kontrwywiadu Wojskowego do Zamawiającego jednoznacznie było odwołanie do regulacji art. 131 e ust. 4 Pzp. W ramach pierwszego z nich ustalono, że Zamawiający zwrócił się do Służby Kontrwywiadu Wojskowego za pismem z 24.03.2021 r. (przekazanym 25.03.2021 r.), o przekazanie stanowiska czy Służba Kontrwywiadu Wojskowego, jako instytucja przekazująca informacje w piśmie z 23.03.2021 r. nr Z-65/KT/2021/ARCUS, zastrzega iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu (zgodnie z art. 131e ust. 4 Pzp). W odpowiedzi – w ramach drugiego z przywołanych pism - Służba Kontrwywiadu Wojskowego Biuro II, pismem z 29.03.2021 r. wskazała: Służba Kontrwywiadu Wojskowego, nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu numer Z 65/KT/2021/ARCUS (SKW-Z-108055-21-1) z 23.03.2021 r. (zgodnie z art. 131e ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2019 r. pozy. 1843. z późn. zm.). Ustalono, że do Kancelarii Tajnej UZP Zamawiający złożył za pismem przewodnim pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego z 23.03.2021 r. numer Z65/KT/2021/ARCUS z klauzulą „zastrzeżone”.

Kluczowe dla sprawy i prawidłowego zastosowania podstawy z art. 131 e ust. 4 Pzp było to, aby informacje były niejawne, a przekazujący je zastrzegł, że nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu, co jak wynika z przedstawionych powyżej ustaleń miało miejsce.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, Izba uznała że podlega w/w zarzut oddaleniu.

Należy bowiem zgodzić się, że stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego, że Wykonawca wskazując naruszenie przepisu odnosił się do oceny warunków udziału w zakresie klasycznego postępowania, nie biorąc pod uwagę podstawy wykluczenia z postępowania właściwej jedynie dla postępowań z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Izba uznała także za adekwatne stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 19.05.2021 r., sygn. akt: KIO 1104/21. Zgodnie z którym: „(...)podnoszenie *samodzielnego zarzutu w odniesieniu do podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy nie może być uznawane przez Izbę za właściwe, bowiem taka podstawa wykluczenia nie została przez Zamawiającego wskazana.*

Odwołujący nie kwestionował tak podanej przez Zamawiającego podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale dokonuje w ocenie Izby interpretacji, która nie znajduje swoje uzasadnienie w treści podstawy wykluczenia z postępowania. Wzmacnia tą argumentację w ocenie Izby również taka okoliczność, że przesłanki z art. 131e ust. 1 pkt 4 - 6 stanowią jedynie przesłanki właściwe i znane w postępowaniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Te przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania nie są znane, nie występują przy klasycznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym powiązanie przez Zamawiającego podstawy prawnej samodzielnej przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 z samodzielną przesłanką z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy jest co najmniej niezrozumiałe w tym stanie rzeczy. Niemniej uzasadnienie faktyczne podstawy wykluczenia z postępowania podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 roku jednoznacznie wskazuje na okoliczność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy, która to oparta jest na przekazanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego stanowisku, co wynika jednoznacznie z uzasadnienia faktycznego.”.

Jednocześnie wskazując, że Zamawiający ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia złożonego w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji przez Odwołującego, jak i na podstawie informacji przekazanej przez właściwą instytucję. Informacja od właściwej instytucji była efektem wniosku Zamawiającego o weryfikację ze strony tej właściwej instytucji. Negatywna weryfikacja ze strony tej instytucji skutkowałą wykluczeniem z udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała że podlega w/w zarzut oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że błędnie Odwołujący podnosił na rozprawie konieczność merytorycznej oceny informacji uzyskanej od właściwej instytucji. Zamawiający nie ma takich prerogatyw, ale zgodnie z art.131 e „wyklucza się” Wykonawcę w tym przypadku na podstawie art. 131 e ust. 1 pkt 5 Pzp po uzyskaniu stosowej informacji od właściwej instytucji. De facto samo zwrócenie się o weryfikację do właściwej instytucji jest także weryfikacją ze strony Zamawiającego. Brak jest bowiem możliwości weryfikacji w inny sposób. Jednocześnie art. 131 e ust. 4 Pzp nie można rozpatrywać w oderwaniu od art. 131 e ust. 4 Pzp. Ten drugi przepis bowiem wskazuje źródło uzyskania takich informacji, wskazując, że są to informacje niejawne. Jednocześnie podkreślając, że takie informacje niejawne mogą być dodatkowo zastrzeżone przez ich twórcę, tzn. może zastrzec, że nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu.

Odnosząc się, zaś do art. 131 v pkt 3 Pzp, Izba wskazuje, że skoro zgodnie z art. 131 e ust. 4 Pzp Zamawiający nie może w ramach uzasadnienia ujawnić treści dokumentu od instytucji właściwej, to tym bardziej nie może ujawnić dokumentu, z którego ta treść wynika. W przeciwnym razie właściwa instytucja nie mogłaby skutecznie złożyć oświadczenia o nie wyrażeniu zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu przekazanego Zamawiającemu. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 131 e ust. 4 Pzp właściwa instytucja może nie wyrazić zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu, a ten dokument zawiera informacje niejawne. Niejako dodatkowo właściwa instytucja w zakresie dokumentu zawierającego już informacje niejawne, zastrzega, że nie wyraża zgody na udzielenie informacji o jego treści w każdej formie, czy to przez okazanie dokumentu, czy też zamieszczenie treści tego dokumentu w innym dokumencie. Okoliczność, że miało to miejsce po 6 dniach od złożenia zasadniczego dokumentu jest irrelevantna.

Odnosząc się zaś do dowodów Odwołującego należy zgodzić się z Zamawiającym, że w zakresie pierwszego dowodu złożonego przez Odwołującego koncesja jest zezwoleniem administracyjnym po spełnieniu określonych wymogów i nie jest to rękojmią, brak naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw ani gwarancja jego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, co do drugiego dowodu Izba podziela wątpliwości Zamawiającego, czy zezwolenie zostało wydane z udziałem SKW, gdyż podmiot ten weryfikuje podmioty krajowe a dowód dotyczy transakcji zagranicznej. Nadto, co prawda przedsiębiorstwo znajduje się w wykazie przedsiębiorstw o szczególnym znaczeniu gospodarczo obronnym zgodnie z rozporządzeniem z 03.11.2015 r. Dz. U. z 2020 poz. 1647, ale wykaz ten jest wykazem na czas wojny i zagrożenia, a mamy czas pokoju.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosząc zarzut trzeciego, Izba uznała że podlega w/w zarzut oddaleniu.

W tym zakresie uznając, że zarzut jest przedwczesny. Zamawiający oświadczył bowiem w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że nie unieważnił postępowania, a Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....