

Sygn. akt: KIO 1104/21

WYROK
z dnia 19 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 19 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę AIR-POL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia

przy udziale wykonawcy Glomex MS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Żłotniki zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1104/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę AIR-POL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AIR-POL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu w trybie przetargu ograniczonego na *dostawę podstawowego spadochronu desantowego*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 239-592085.

12 kwietnia 2021 roku działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nowe pzp”, Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp art. w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie odwołującego z udziału w Postępowaniu mimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu Postępowania,
- art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w związku 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- unieważnienie decyzji zawartej w informacji z dnia 1 kwietnia 2021 roku o wykluczeniu Odwołującego z udziału w Postępowaniu,
- kontynuacji Postępowania z udziałem Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu zostało dokonane z naruszeniem przepisów Pzp, tym samym uniemożliwiając Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w szczególności, że Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę i posiada zarówno kompetencje formalne jak i merytoryczne do wykonania dostawy będące przedmiotem Postępowania. Tym samym Odwołujący, w przypadku nie podjęcia środków ochrony prawnej, poniesie szkodę w postaci braku uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz braku możliwości osiągnięcia zakładanego zysku. Jednocześnie termin wniesienia odwołania upływa w dniu 12 kwietnia 2021 roku i został przez Odwołującego dochowany.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający w dniu 16 października 2020 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego w ilości 900 szt. wraz z pakietem logistycznym, dokumentacją i szkoleniem (Postępowanie). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, zatem szczegółowy opis przedmiotu zamówienia miał być przekazany jedynie wykonawcom zaproszonym do składania ofert.

Postępowanie zorganizowane jest w oparciu o procedury określone w Rozdziale 4a ustawy Prawo zamówień publicznych - zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa. W związku z powyższym, stosownie do postanowień art. 131d ust. 1 Pzp, Zamawiający określił w ogłoszeniu o wszczęciu Postępowania szczególne warunki udziału w Postępowaniu i realizacji zamówienia dotyczące bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji, kierując zamówienie do wykonawców mających siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, EOG lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień.

Zamawiający określił również warunki udziału w Postępowaniu, wskazując, że o udzielenie zamówienia w Postępowaniu mogli ubiegać się jedynie ci wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, a także:

- spełniają warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej i posiadają 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,

- spełniają warunki odnośnie sytuacji finansowej, to jest posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 7.000.000 zł,
- spełniają warunki w zakresie zdolności technicznej, to jest wykonali w sposób należyty minimum jedną dostawę spadochronów desantowych lub ratowniczych o wartości nie mniejszej niż 7.000.000 zł.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 18 grudnia 2020 roku. W terminie tym zostało złożonych 5 wniosków, w tym wniosek Odwołującego. Zgodnie z informacją z dnia 1 marca 2021 roku (doręczoną Odwołującemu w dniu 2 marca 2021 roku za pośrednictwem faksu), Zamawiający, po dokonaniu oceny złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oświadczeń i dokumentów, uznał, że 4 wykonawców, w tym Odwołujący wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego. Jak stwierdził Zamawiający w piśmie, względem tych wykonawców, w tym Odwołującego, nie stwierdzono istnienia podstaw do wykluczenia na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp.

W dniu 1 kwietnia 2021 roku Odwołującemu została doręczona informacja o wykluczeniu go z Postępowania. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał art. 131e ust. 1 pkt 5 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Informacja o wykluczeniu nie zawiera jednak uzasadnienia - Zamawiający odstąpił od uzasadnienia na podstawie art. 131e ust. 4 Pzp, gdyż podstawą do wykluczenia były informacje uzyskane od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa będące informacjami niejawnymi, a instytucja ta zastrzegła, że nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu.

Odwołujący argumentował, że wnosząc niniejsze odwołanie sprzeciwiał się dokonaniem wykluczeniu i twierdzi, że jest ono niezasadne.

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 aktywna, 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 dzień 9 kwietnia 2021 roku. Skoro koncesja pozostawała ważna na ten dzień, to bez wątplenia była ona ważna zarówno na dzień 23 marca 2021 roku (dzień, w którym Zamawiający otrzymał rzekome informacje od instytucji właściwej w sprawach ochrony i bezpieczeństwa wewnętrznego państwa), jak i na dzień 1 kwietnia 2021 roku (dzień poinformowania o wykluczeniu Odwołującego). Odwołujący nie posiada również wiedzy, by w związku z koncesją prowadzone było przez organ właściwy jakiegokolwiek postępowanie. Posiadana koncesja (nr B-005/2003). Istotne jest natomiast to, że w dniu 1 grudnia 2020 roku, 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.

Odwołujący przedstawił również wraz z wnioskiem wykaz wykonanych dostaw spadochronów desantowych lub ratowniczych, przy czym część pozycji wykazu chociaż nie potwierdza wymaganej przez Zamawiającego wartości dostawy, to wskazuje na bogate doświadczenie Odwołującego w realizacji dostaw tego typu na dużą skalę, również realizowanych dla Zamawiającego w poprzednich latach. Ostatnia dostawa zbliżona do przedmiotu zamówienia była realizowana przez Odwołującego w grudniu 2020 roku. Odwołujący do każdej pozycji wykazu przedstawił również stosowne listy referencyjne potwierdzające należyte wykonanie każdej z dostaw. Bez wątplenia zatem pozycja 1 i 4 wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi jej należyte wykonanie potwierdzają spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

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 dnia 1 kwietnia 2021 roku, 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 r. 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.

Przed 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 w jakiś sposób, a jedynym sposobem do jego stwierdzenia jest odpowiednie postępowanie sądowe lub administracyjne. Względem Odwołującego - jako wykonawcy w rozumieniu Pzp - takie postępowanie nie jest i nie było prowadzone. Nawet zatem jeżeli instytucja właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa posiada jakieś informacje ewentualnie dotyczące naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, i będące podstawą do ewentualnego 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 prawa do obrony. Na tym etapie zatem można 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 zwracał 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. Odwołujący podał, 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.

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.

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 naruszeni 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 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 dotyczyły by 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 związku z art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z czym Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji z dnia 1 kwietnia 2021 roku i kontynuowanie Postępowania z jego udziałem.

Odwołujący dla porządku podał, 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 SK

W, 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 podał, że w pod koniec 2020 roku względem niego prowadzony był atak medialny na portalu Wirtualna Polska kierowany przez bezpośrednią konkurencję Odwołującego - WINGSTORE Zofia Kiebała 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.

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.

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

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 kwietnia 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowych z dnia 17 maja 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy dowody:

- dowód nr 1 – Poświadczenie bezpieczeństwa nr 1501/WII/ZBIN/S/2013,
- dowód nr 2 – Koncesja nr B-005/2003 oraz Decyzja nr 8 do koncesji nr B-005/2003,
- dowód nr 3 – Zezwolenie indywidualne na wywóz, numer identyfikacyjny E/CA/II/3741/21.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający określił w punkcie III.2.1, że: *pkt 1 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*

- 1) *nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy;*
- 2) *spełnią warunki określone w art. 22 ust. 1 b pkt 1-3 ustawy dotyczące:*
 - *uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o której mowa w pkt 2 ppkt 2,*
 - *sytuacji finansowej określonej szczegółowo w Sekcji III.2.2*
 - *zdolności technicznej, określonej szczegółowo w Sekcji III.2.3.*

2. *W celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji Zamawiający żąda przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wzór – załącznik nr 1):*

- 1) *oświadczenia wykonawcy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust.1 ustawy i kryteriów selekcji oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. U5 pkt 1 ustawy (wzór – załącznik nr 2 ...) aktualnego na dzień składnia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*

Ustalono, że Odwołujący za Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 7 grudnia 2020 roku złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i kryterium selekcji oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania.

W punkcie 4 wniosku wykonawca złożył oświadczenie: *Nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.*

Zgodnie z pismem z dnia 1 marca 2021 roku – Informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...) na dostawę podstawowego spadochronu desantowego Zamawiający zweryfikował oświadczenia i dokumenty złożone przez Odwołującego i uznał ich poprawność.

Ustalono na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiające (nieobjętej żadną klauzulą), protokół posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 24 marca 2021 roku, że w dniu 23 marca 2021 roku 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 stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy AIR-POL Sp. z o.o. Zamawiający wyklucza wykonawcę z przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Ustalono, że Zamawiający zwrócił się do Służby Kontrwywiadu Wojskowego za pismem z dnia 24 marca 2021 roku (przekazanym 25 marca 2021 roku), o przekazanie stanowiska czy Służba Kontrwywiadu Wojskowego, jako instytucja przekazująca informacje w piśmie z dnia 23 marca 2021 roku nr Z-65/KT/2021/ARCUS, zastrzega iż nie wyraża zgody na udzielnie informacji o treści dokumentu (zgodnie z art. 131e ust. 4 ustawy Pzp). W odpowiedzi Służba Kontrwywiadu Wojskowego Biuro II, pismem z dnia 29 marca 2021 roku wskazała: *Służba Kontrwywiadu Wojskowego, nie wyraża zgody na udzielnie informacji o treści dokumentu numer Z 65/KT/2021/ARCUS (SKW-Z-108055-21-1) z dnia 23 marca 2021 r. (zgodnie z art. 131e ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2019r. pozy. 1843. z późn. zm.).*

Ustalono, że do Kancelarii Tajnej UZP Zamawiający złożył za pismem przewodnim pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 23 marca 2021 roku numer Z65/KT/2021/ARCUS z klauzulą „zastrzeżone”.

W piśmie procesowym (nieobjętym żadną klauzulą), Zamawiający wskazał na powyższe okoliczności, oraz podał, że pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego (nr. wch. Z-382/IU/21), które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 23 marca 2021 roku, to pismo o klauzuli „Zastrzeżone”.

Ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2021 zawiadomił Odwołującego, że na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu Zamawiający podał:

W dniu 23.03.2001 r. do Zamawiającego 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, stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy Air-Pol Sp. z o.o. z postępowania.

Zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy na ww. podstawie Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego.

Jednocześnie Zamawiający, zgodnie z art. 131e ust. 4 ustawy, odstępuje od uzasadnienie decyzji o wykluczeniu, 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 zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp art. w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie odwołującego z udziału w Postępowaniu mimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu Postępowania – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wyjaśnia, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia dotyczy zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, i mają do niego zastosowanie przepisy Rozdziału 4a Działu III ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa” lub „Pzp”). Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wskazał również, że będzie dokonywał weryfikacji w oparciu o przesłanki wykluczenia wskazane w art. 131e ust. 1 ustawy.

Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się:

1) wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 13, z wyłączeniem wykonawców skazanych za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, i pkt 14, gdy osoba o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13, z wyjątkiem przestępstw, o których mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu;

2)(uchylony)

3)(uchylony)

4) wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ust. 11 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742);

5) 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;

6) wykonawców, którzy mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie, niż państwa, o których mowa w art. 131d ust. 1, z zastrzeżeniem art. 131d ust. 2.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że z uwagi na specyficzny charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przede wszystkim w zakresie bezpieczeństwa informacji niejawnych, bezpieczeństwa dostaw i konieczności zachowania elastyczności procedur, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie szczególnego katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w stosunku do obowiązującego art. 24 ustawy Pzp. (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska 2018; komentarz do art. 131e, Legalis). Przepis art. 131e reguluje kwestię wykluczania wykonawców z postępowania o zamówienie publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jest to przepis szczególny, co oznacza, że do wykluczania wykonawców z tych postępowań nie stosuje się bezpośrednio art. 24 (tak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” red. J. Pieróg 2019; komentarz do art. 131e, Legalis).

Mając na uwadze powyższe spójne stanowiska doktryny, jak również fakt, że przepisy ustawy w sposób bardzo jednoznaczny zakreślają podstawy wykluczenia w ramach postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp art. w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie odwołującego z udziału w Postępowaniu mimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu Postępowania.

Po pierwsze, Odwołujący kreując ten zarzut odniósł się do „klasycznej” przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania odrywając ją od wskazanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 roku podstawy wykluczenia z postępowania właściwej jedynie dla postępowań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Zamawiający wykluczył wykonawcę podając jako podstawę prawną *art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy*. 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. 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.

Po drugie, Odwołujący w podniesionym zarzucie uzasadniał naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 tym, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu Postępowania, przy czym należy zaznaczyć, że podnosząc tą podstawę prawną Odwołujący referuje jedynie do elementów konstrukcji warunków udziału w postępowaniu podlegających ocenie w zakresie klasycznego zamówienia. To oznacza, że podstawa prawna jaką podaje zawężyła w tym przypadku ocenę jego zarzutu jedynie do elementów jakie podlegają ocenie w każdym klasycznym postępowaniu, o ile Zamawiający je określi. W zakresie warunków i kryteriów selekcji określonych przez Zamawiającego i podlegających weryfikacji na podstawie klasycznych przepisów – tj. posiadanego doświadczenia, zdolności finansowej czy też uprawnień do prowadzenia określonej działalności – nie znajduje się w stanowisku Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2021 roku żadna faktyczna argumentacja. Oznacza to, że w tym zakresie Zamawiający nie stwierdził uchybień, bowiem gdyby takie dostrzegł obowiązany byłby podać je w przedstawionym uzasadnieniu podjętej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba mając na uwadze powyższe uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp art. w związku z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 131e ust. 1 pkt 5 Pzp w związku 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 – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 131 e ust. 1 pkt 5 ustawy 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.

Wymaga w tym miejscu odnotowania, że wystąpienie ww. przesłanki - przesłanki obligatoryjnej - powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podziela argumentację Zamawiającego zawartą w piśmie procesowym i przedstawioną na rozprawie, a odnoszącą się do tego, że czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Odwołującego z postępowania nie miała charakteru arbitralnego i dowolnego, a stanowi efekt oceny dokonanej przez właściwą służbę państwową – w tym wypadku Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku 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 Nr 216, str. 76) w motywie 67 podano, że „ze względu na newralgiczny charakter sektora, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostania wymogom instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji. Ponadto żaden przepis niniejszej dyrektywy nie może uniemożliwić instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu wykluczenia wykonawcy na jakimkolwiek etapie procesu udzielania zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiadają informacje, z których wynika, że udzielenie całości lub którejkolwiek z części zamówienia wykonawcy mogłoby wiązać się z zagrożeniem podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego.”

Izba podkreśla, że wytyczne jakie zawarte są w ww. dyrektywie wskazują na możliwości dokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy na podstawie dowolnych środków

dowodowych, w tym chronionych źródeł danych uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego (art. 39 ust. 2 lit. e). Zgodnie z motywem 65 ww. dyrektywy wykluczenie wykonawcy jest możliwe w przypadku, gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Punkt (e) nie przyznaje całkowitej dyskrecjonalności Zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi być oparte na ryzyku dla bezpieczeństwa Państwa Członkowskiego. Zamawiający musi być przygotowany do wykazania, jeśli to konieczne, w toku specjalnych procedur odwoławczych, że istnieją obiektywne i weryfikowalne czynniki wskazujące na brak wiarygodności, który powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa kraju (tak też wyrok z dnia 5 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2388/18). W ocenie Izby wszystkie przesłanki stanowiące podstawy wykluczenia zawarte w art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy muszą być rozpatrywane z uwzględnieniem pozyskania informacji od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa.

W ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej jasnym i jednoznacznym było – bowiem wynikało to jednoznacznie z pisma z dnia 1 kwietnia 2021 roku, że Zamawiający czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania oparł na przekazanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego dokumencie niejawnym. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 131 e ust. 4 ustawy Zamawiający odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, 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. W takich okolicznościach właściwym środkiem dowodowym dla oceny przesłanek z art. 131 e ust. 1 ust. 5 ustawy są dokumenty pochodzące od organów państwowych, prowadzących działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o danym podmiocie. Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy w oparciu o ocenę dokonaną przez właściwą służbę państwową. Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołujący nie kwestionował udziału Służby Kontrwywiadu Wojskowego jako właściwej służby państwowej.

W ww. dyrektywie również zawarta jest regulacja art. 35 ust. 3 zgodnie z którą Instytucje/podmioty zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1, w odniesieniu do udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym

wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

W tym miejscu Izba podkreśla, że przywołana w uzasadnieniu czynności Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2021 roku podstawa art. 131e ust. 4 ustawy odnosi się wprost 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. Izba stwierdziła, potwierdziła, że Zamawiający dysponował dokumentem niejawnym z dnia 23 marca 2021 (klauzula nadana), co potwierdza pismo złożone w kancelarii tajnej UZP, a którego sygnatury (numery) odpowiadają wskazywanym przez Zamawiającego.

Zgodnie z ww. przepisem właściwe służby państwowe – w tym wypadku Służba Kontrwywiadu Wojskowego – może postanowić o ograniczeniu Odwołującemu uzyskania informacji dotyczących podstawy wykluczenia z postępowania. Z tym również zgodził się sam Odwołujący w argumentacji odwołania (str. 6). Izba podkreśla jednocześnie, że dokument z dnia 23 marca 2021 roku jest dokumentem niejawnym (klauzula „zastrzeżone”). Z informacji z dnia 1 kwietnia 2021 roku, w której wskazano (podkreślono nawet), że informacje są niejawne. Sam fakt, że w piśmie z dnia 29 marca 2021 roku SKW nie zawarto wskazania, że dokument z dnia 23 marca 2021 roku zawiera informacje niejawne, jest dokumentem niejawnym nie powoduje, nie daje podstawy do twierdzenia, że dokument ten nie został objęty klauzulą. W piśmie z dnia 24 marca 2021 roku od Zamawiającego do Służby Kontrwywiadu Wojskowego, jak również w piśmie z dnia 29 marca 2021 roku od Służby Kontrwywiadu Wojskowego do Zamawiającego jednoznaczne było odwołanie do regulacji art. 131 e ust. 4 ustawy. Kluczowe dla prawidłowego zastosowania podstawy z art. 131 e ust. 4 ustawy jest to, aby informacje były niejawne, a przekazujący je zastrzegł, że nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu. Zgodnie z art. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych (DZ. U. z 2019 tj. poz. 742) informacje niejawne to takie, które których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania

Izba w tym miejscu wskazuje, że w trakcie rozprawy odmówiła Odwołującemu wglądu w dokument z dnia 23 marca 2021 roku złożony w kancelarii tajnej UZP. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych (DZ. U. z 2019 tj. poz. 742) informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. Izba podziela pogląd

wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2365/17, że zapoznanie się z tymi informacjami nie miało na celu wykonania prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych (zasada wiedzy niezbędnej). Kwestia dotycząca poświadczeń bezpieczeństwa osób, którym informacja miała by być przekazana oraz wymagań formalnych związanych z miejscem i sposobem udostępnienia informacji, nie wpływa na możliwość odstąpienia od weryfikacji zasady wiedzy niezbędnej. Tym samym Izba uznała za bezprzedmiotowy w rozpoznaniu tej sprawy dowód nr 1 – poświadczenie bezpieczeństwa. W orzecznictwie, zasada wiedzy niezbędnej, warunkująca zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy udostępnienie informacji niejawnych oznacza, że zapoznanie się przez daną osobę z informacjami niejawnymi, służyć ma wykonywaniu przez tę osobę pracy lub pełnieniu służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywaniu prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych. Nikt zatem nie może domagać się udostępnienia informacji niejawnych, nawet jeżeli posiada poświadczenie bezpieczeństwa do odpowiedniej klauzuli, jeżeli informacja taka nie jest niezbędna do wykonywania pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. (*vide: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12.02.2015 r., sygn. II SA/Wa 1749/14*). Dostęp do wnioskowanej informacji niejawnej pozostawać musi w ścisłym związku z realizacją konkretnej pracy, konkretnego zlecenia (umowy), do wykonania których niezbędne jest zapoznanie się z tą informacją. Odwołujący nie wykazał, aby w sprawie zachodziła konieczność zapoznania się z informacją niejawną, w rozumieniu zasady wiedzy niezbędnej. Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2365/17, że samo stwierdzenie, że informacje te wypełniały przesłankę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, nie stanowiło dostatecznej podstawy do tego, aby uznać, że informacje te są niezbędne do realizacji zlecenia (umowy), które miałyby być realizowane dopiero w przyszłości. Wymaga odnotowania również, że Zamawiający także nie udostępnił dokumentu z dnia 23 marca 2021 roku Odwołującemu, który wnioskował o dostęp do tego dokumentu.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba wskazuje, że okoliczności jakie legły u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania wynikają wprost z informacji przekazanej Zamawiającemu w trakcie prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Działanie Zamawiającego podyktowane było oceną dokonaną przez właściwą służbę państwową, co stanowiło dla Zamawiającego wiążącą podstawę do podjęcia czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że Odwołującemu nie są znane informacje będące w posiadaniu Służby Kontrwywiadu Wojskowego, a które stanowią podstawę wykluczenia w postępowaniu na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy. Informacja

pochodząca od Służby Kontrwywiadu Wojskowego stanowiła samodzielną podstawę wykluczenia z postępowania, tym samym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że do wykluczenia wykonawcy na wskazanej podstawie prawnej niezbędne jest prawomocne orzeczenie sądowe lub decyzja wydana w toku postępowania administracyjnego. Stanowisko Służby Kontrwywiadu Wojskowego – jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 roku – dotyczy przepisu art. 131e usta. 1 pkt 5 ustawy. Izba, w tym stanie rzeczy, za bezprzedmiotowe uznała dowody złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy (dowód nr 2 i 3).

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych, bowiem przepisy regulujące postępowanie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stanowią własny reżim postępowania Zamawiającego dla tych postępowań. Zamawiający, jak wskazał w piśmie procesowym, nie ma podstaw prawnych do podważania treści informacji przekazanych przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Natomiast informacje te stanowią dla Zamawiającego podstawę i uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Służba Kontrwywiadu Wojskowego prowadzi działania operacyjne. Zamawiający prowadząc postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zwraca się do właściwych instytucji, w tym wypadku Służby Kontrwywiadu Wojskowego, z wnioskiem o dokonanie weryfikacji podmiotowej, którą według kompetencji dokonują właściwe instytucje państwowe. Zamawiający wykonał czynności zgodnie z obowiązującymi przepisami i podał uzasadnienie podjętej czynności w zgodzie z art. 131e ust. 4 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: