

WYROK
z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2021 r. przez **wykonawcę WORKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 51** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie ul. Królewska 1/7**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę WORKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 51** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę WORKS 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 51** 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 2021 r., poz. 1129 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 pn. „Dostawa krytych mobilnych strzelnic ćwiczebnych w kontenerach 40ft HC” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2021r. numer ogłoszenia 2021/S 119-316556.

W dniu 20 września 2021 r. zamawiający poinformował Works 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach o niedopuszczeniu wniosku tego wykonawcy do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 405 ust. 2 pkt 3 i w związku z ust. 6. Jednocześnie na podstawie art. 405 ust. 7 ustawy zamawiający odstąpił od uzasadnienia z uwagi na niejawny charakter informacji przekazanej przez Służby Kontrwywiadu Wojskowego pismem Z-227/21 z dnia 15 września 2021 r. (nr wch. Z-1565/UI/21) oraz ze względu na fakt, że przekazujący nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa zamawiającego.

W dniu 30 września 2021 r. odwołanie wniósł Works 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 września 2021 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 30 września 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 146 ust 1 pkt 2 lit a oraz art. 405 ust 2 pkt 3 i ust 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez nieuzasadnione uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania i niegodne z prawem przyjęcie, że wystarczającym dla wykluczenia odwołującego i odrzucenia złożonego przez niego wniosku jest lakoniczna informacja o rzekomym braku wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, podczas gdy ciężar wykazania przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania obciąża zamawiającego, a zgodnie z jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadą przejrzystości – zamawiający powinien przedstawić to uzasadnienie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości; nadto przepis art. 405 ust 2 pkt 3, jako przepis o skutku najdalej idącym, winien być stosowany ostrożnie i wyłącznie w oczywistości uzasadnionych przypadkach;
- 2) przepisu art. 128 ust 1, 4 i 5 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 9 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią

o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (dalej: ustawa z dnia 13 czerwca 2019r.), przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych przedłożonych wraz z wnioskiem, podczas gdy jeżeli rzeczywiście dokumenty te wzbudziły u zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to obowiązkiem zamawiającego było skierowanie odpowiedniego wezwania do odwołującego, względnie wyjaśnienie stanu faktycznego i wątpliwości zgłaszanych przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (dalej: SKW) wobec odwołującego przez wniosek do MSWiA o przedstawienie informacji lub dokumentów potwierdzających wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa;

3) art. 2 oraz art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292), art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000r. (Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010) polegające na odrzuceniu wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie na podstawie pisma SKW, podczas gdy nie zaistniały jakiegokolwiek podstawy do stwierdzenia możliwości zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa przez powierzenie odwołującemu realizacji zamówienia, czym zamawiający dopuścił się naruszenia konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa oraz zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej, wyrażającej się m.in. w możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie i realizację zamówienia przy zachowaniu obowiązujących powszechnie przepisów prawnych.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o którym to odrzuceniu zamawiający poinformował pismem z dnia 20 września 2021r.,

2) dokonania powtórnej czynności oceny spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania czynności oceny i badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego, w tym wezwania odwołującego, w trybie art. 128 ustawy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów i oświadczeń przedłożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ewentualnie złożenie wniosku do MWSiA o wyjaśnianie zastrzeżeń wobec odwołującego zgłaszanych przez SKW,

3) dopuszczenia odwołującego do udziału w postępowaniu.

Wniósł też o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1) Decyzja 8 z dnia 13 września 2021r. wydana przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji do koncesji nr B-009/2014 na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym,

- 2) postanowienie Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 28 czerwca 2021r. – pozytywna opinia w sprawie zmiany koncesji,
- 3) referencje z dnia 27 listopada 2020r. wystawione przez Jednostkę Wojskową nr 4724,
- 4) referencje z dnia 7 lutego 2020r. wystawione przez Komendę Główną Policji,
- 5) referencje z dnia 15 czerwca 2021r. wystawione przez Komendę Główną Policji,
- 6) referencje z dnia 27 lipca 2021r. wystawione przez Komendę Główną Policji,
- 7) skarga odwołującego do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 lipca 2021r.
- 8) odpowiedź na skargę złożona przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 6 sierpnia 2021r.

Nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a bezpodstawne odrzucenie wniosku uniemożliwia odwołującemu uczestnictwo w postępowaniu, oraz naraża odwołującego na szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący jest znanym na rynku dostawców sprzętu, uzbrojenia i technologii wojskowych dostawcą, producentem i wykonawcą. Jako podmiot prowadzący działalność w zakresie dostaw towarów i świadczenia usług dla jednostek wojska i policji od roku 2013 w ostatnich 7 latach spółka WORKS 11 dostarczała pełną gamę uzbrojenia i środków bojowych do:

- Wojsk Specjalnych,
- Jednostek i Instytutów Badawczych podległych Ministerstwu Obrony Narodowej, MSWiA, Ministerstwa Sprawiedliwości,
- podmiotów krajowych i zagranicznych przemysłu zbrojeniowego.
- wielu jednostek wojskowych,
- Policji i innych służb mundurowych,
- licznych podmiotów krajowych i zagranicznych.

Spółka posiada m.in. następujące certyfikaty: PN-EN ISO 9001:2015, AQAP 2110:2016, WSK oraz jest autoryzowanym dostawcą sprzętu i usług do NSPA (NATO Support and Procurement Agency) - NCAGE - 2471H, oraz brokerem Departamentu Stanu USA.

Głównymi klientami spółki są jednostki i Instytuty Badawcze podległe Ministerstwu Obrony Narodowej, jednostki podległe Ministerstwu Spraw Wewnętrznych i Administracji, jednostki podległe Ministerstwu Sprawiedliwości, zagraniczne jednostki badawcze uzbrojenia i środków bojowych, podmioty wchodzące w skład obronnego przemysłu państwowego oraz podmioty krajowe i zagraniczne przemysłu zbrojeniowego.

Główni partnerzy handlowi spółki to spółki z USA (w tym ABRAMS AIRBORNE (MILKOR), ARNOLD DEFENCE, DILLON AERO, EMPI, INTERNATIONAL CARTRIDGE CORPORATION, IDAG, KNIGHTS ARMAMENT, MAC AMMO, MARTINUAV, MD Helicopters, MILITARY SYSTEMS GROUP, USA; SPECIAL APPLICATION GROUP, US ORDNANCE, RANGE SYSTEMS), Niemiec (HOERNECKE, NST, RHEINMETAL, WANO GMBH), Izraela (ELBIT SYSTEMS, UVISION) oraz inni czołowi producenci i eksporterzy sprzętu wojskowego (AREX, Słowenia; ARSENAL, Bułgaria; CHAISERI, Tajlandia; EXPLOSIA, Czechy; FORCIT, Finlandia; IMS, Bułgaria; MECAR, Belgia; NEXTER SYSTEMS, Francja; SAAB BOFORS TEST CENTER, Szwecja; SIMMEL DIFESA, Włochy; VIRTUAL REALITY MEDIA, Słowacja; VTU, (WOJSKOWY INSTYTUT UZBROJENIA I AMUNICJI) Czechy; ZEVETA AMMUNITION, Czechy; ZTS SPECIAL, Słowacja). Podmioty te – należące do czołowych dostawców broni, amunicji i technologii wojskowych państwa NATO – podlegające stałej ochronie wywiadowczej i kontrwywiadowczej, ufają profesjonalizmowi Spółki WORKS 11, która implementowała wszystkie niezbędne procedury i regulacje mające znaczenie dla utrzymania najwyższego poziomu świadczonych przez nią usług w zakresie bezpieczeństwa informacji, poufności oraz transparentności działania.

Spółka przez cały okres swojej działalności podlegała wielokrotnym audytom bezpieczeństwa, w tym szczegółowej kontroli przy wykonywaniu dostaw na terytorium Polski technologii, uzbrojenia i szkoleń związanych z wyposażeniem jednej z jednostek wojskowych w śmigłowce Black Hawk. Między innymi pozytywne wyniki kontroli służb krajowych i Departamentu Stanu USA pozwoliły Spółce na udział w tym skomplikowanym i prestiżowym zamówieniu – które zostało zrealizowane w całości bez opóźnień i zastrzeżeń, przy udziale podmiotów polskich i amerykańskich.

Jednocześnie spółka WORKS11 prowadzi działalność w zakresie budowy, modernizacji i dostaw strzelnic, w tym mobilnych strzelnic w kontenerach – a bezprawne i bezpodstawne odrzucenie wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pozbawia spółkę możliwości prowadzenia działalności gospodarczej oraz uzyskania zamówienia.

Ad 1. Zarzut naruszenia art. 146 ust 1 pkt 2 lit a oraz art. 405 ust 2 pkt 3 i ust 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy .

W dniu 20 września 2021r. zamawiający poinformował odwołującego, że złożony przez odwołującego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został odrzucony, bowiem odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 405 ust 2 pkt 3 w związ-

ku z ust 6 ustawy . Dalej zamawiający wskazał, że w piśmie z 15 września 2021r. Służba Kontrwywiadu Wojskowego nie wskazała szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa.

Zgodnie z przepisem art. 405 ust 2 pkt 3 ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub 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.

Natomiast zgodnie z art. 405 ust 6 wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3, może nastąpić także w przypadku otrzymania przez zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Dalej, zgodnie z art. 405 ust 7 ustawy zamawiający odstępuje od uzasadnienia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, na podstawie ust. 2 pkt 3, w przypadku gdy uzasadnienie podstaw wykluczenia ma charakter niejawny lub zastrzeżono, że nie wyraża się zgody na przekazanie wykonawcy informacji o treści zawiadomienia, o którym mowa w ust. 6, albo przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że decyzja o wykluczeniu go z postępowania oparta jest jedynie na stwierdzeniu przez zamawiającego, iż otrzymał od SKW pismo z dnia 15 września 2021r. Jednocześnie brak uzasadnienia wykluczenia ma być w ocenie zamawiającego uzasadniony w świetle art. 405 ust 7 , z uwagi na „niejawny charakter uzasadnienia” oraz fakt, że „przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa”.

Odwołujący stwierdził, że spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu określone w treści ogłoszenia o zamówieniu, a także w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Odwołujący wskazał, że dysponuje ważną koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. W trybie ustawy z dnia 13 czerwca 2019r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji uzyskał pozytywne opinie właściwych instytucji, w tym SKW, ABW, Policji i Ministra Rozwoju.

Ponadto w toku ostatniej zmiany w zakresie wydanej przez MSWiA koncesji nr B-009/2014, Służba Kontrwywiadu Wojskowego pismem z dnia 28 czerwca 2021r. pozytywnie zaopiniowała wniosek odwołującego o zmianę koncesji, wskazując w uzasadnieniu, że w toku prowadzonego postępowania nie ujawniono przesłanek mogących stanowić przeszkodę do wydania pozytywnej opinii.

Dowód: 1) Decyzja 8 z dnia 13 września 2021r. wydana przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji do koncesji nr B-009/2014 na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym,

2) postanowienie Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 28 czerwca 2021r. – pozytywna opinia w sprawie zmiany koncesji,

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (dalej: ustawa z dnia 13 czerwca 2019r.), wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym jest dozwolone wyłącznie po spełnieniu warunków określonych w ustawie i co do zasady wymaga uzyskania koncesji (art. 7 ust 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r.). Zgodnie z art. 9 ust 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r. przed udzieleniem koncesji organ koncesyjny zasięga opinii ministra właściwego do spraw gospodarki, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego lub właściwego komendanta wojewódzkiego Policji. Organ koncesyjny ma także obowiązek zawiadamiania o udzieleniu koncesji, jej zmianie albo cofnięciu Głównego Inspektora Pracy, ministra właściwego do spraw gospodarki, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego, właściwego wojewodę, komendanta wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej oraz komendanta wojewódzkiego Policji (art 9 ust 3 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r.); podobnie przy odmowie udzielenia koncesji organ koncesyjny bezzwłocznie zawiadamia o Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz właściwego komendanta wojewódzkiego Policji (art. 9 ust 4 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r.).

Ponadto, co niezwykle istotne w niniejszej sprawie, zgodnie z art. 9 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r.) obowiązkiem każdego organu opiniującego, w przypadku uzyskania informacji, które mogą mieć wpływ na zmianę wydanej opinii, jest niezwłoczne przekazanie uzyskanych informacji organowi koncesyjnemu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r. organ koncesyjny odmawia udzielenia koncesji, jeżeli jest to uzasadnione ze względu na zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa państwa albo porządku publicznego; odmowa udzielenia

albo zmiany koncesji jest obowiązkiem organu, jeżeli przedsiębiorca nie spełnia warunków wykonywania działalności gospodarczej określonej w koncesji (art. 22 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r.). Nadto, na podstawie art. 23 ustawy z dnia 13 czerwca 2019r. organ koncesyjny może zwracać się do sądów, prokuratury, Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej oraz innych organów administracji publicznej o przekazanie informacji, materiałów i danych będących w ich posiadaniu, istotnych dla prowadzonego postępowania administracyjnego lub wyjaśniającego, zmierzającego do ustalenia, czy działalność gospodarcza określona w koncesji wykonywana przez przedsiębiorcę rażąco narusza warunki określone w koncesji lub inne warunki wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej, wynikające z przepisów prawa, albo czy działalność tego przedsiębiorcy nie stanowi zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo porządku publicznego.

W związku z powyższym należy uznać, że podstawową przesłanką stwierdzenia, czy dany przedsiębiorca może wykonywać działalność w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest stwierdzenie, czy posiada ważną koncesję – i tak też w postępowaniu zamawiający wymagał złożenia wraz z wnioskiem aktualnej koncesji wydanej na podstawie ustawy z dnia 13 czerwca 2019r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (pkt III.2.1) ppkt 2.2. ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący wskazał, że od dnia wydania przez SKW opinii na wniosek MSWiA (tj. od 28 czerwca 2021r.) nie zaszły żadne zmiany w sytuacji faktycznej lub prawnej spółki WORKS 11, odwołujący nadal spełnia warunki prowadzenia działalności w zakresie objętym postępowaniem i nie zachodzą wobec niego żadne przesłanki utraty wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla uznania, że podmiot posiadający ważną koncesję na prowadzenie działalności w zakresie objętym postępowaniem, wydaną przez uprawniony podmiot, w uzgodnieniu z innymi właściwymi instytucjami, może być uznany za niewiarygodny i wykluczony z postępowania.

Tryb przewidziany wskazaną wyżej ustawą jest właściwy do stwierdzenia, czy określony podmiot jest uprawniony do wykonywania zastrzeżonej działalności – nie można uznać, że na skutek pisma wydanego bez przewidzianego prawem trybu, odwołujący zostanie pozbawiony prawa prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołujący wskazał, że od lat bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, prowadzonych przez różne podmioty (jednostki wojska lub policji) i tylko w postępowaniach prowadzonych przez Inspektorat Uzbrojenia spotyka się z wykluczeniem z postępowania w następstwie przedstawionej przez SKW informacji o zagrożeniu dla bezpieczeństwa lub obronności państwa. Co więcej – Inspektorat Uzbrojenia nie we wszystkich postępowaniach wyklucza odwołującego, są bowiem postępowania,

w których odwołujący nie został wykluczony i złożył ofertę, która nie została odrzucona. Nadal także odwołujący realizuje zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności, co obrazuje poniższe zestawienie.

1. Dostawa 12,7x99 naboju snajperskich z poc. zwykłym wraz z 12,7x99 naboi szkolnych, 12,7 x 99 naboju treningowych oraz 12,7x99 naboju snajperskich z poc. przeciwpancernym (AP) wraz z 12,7 x 99 naboi snajperskich z poc. przeciwpancernym (AP) - przekrój Inspektorat Uzbrojenia Inspektorat Uzbrojenia 2019-2022 umowa w realizacji
2. dostawa zapłonników GUV-7 3 Regionalna Baza Logistyczna 3 Regionalna Baza Logistyczna 2018-2021 umowa w realizacji
3. spłonki 8-A-TAT 2 Regionalna Baza Logistyczna 1 i 4 Regionalna Baza Logistyczna 2021 umowa w realizacji
4. dostawa 5,56x45mm nb. z poc. antyrykoszetowym Jednostka Wojskowa NIL Wojska specjalne 2020 Umowa zrealizowana
5. dostawa 5,56x45mm nb. z poc. antyrykoszetowym Jednostka Wojskowa NIL Wojska specjalne Wojska specjalne 2021 umowa w realizacji
6. dostawa uzbrojenia i szkoleń dla Wojsk Specjalnych (S-70i) PZL Mielec Inspektorat Uzbrojenia 2019-2020 umowa zrealizowana
7. dostawa wyrzutni granatów termobarycznych 68mm RTG Jednostka Wojskowa nr 2305 Jednostka Wojskowa nr 2305 2021 umowa zrealizowana

Postępowania o udzielenie zamówienia, w których odwołujący został dopuszczony do udziału w postępowaniu

1. dostawę amunicji ślepej: 7,62x51 mm nb. karabinowych ślepych BLANK taśmowanych oraz 12,7 mm naboju ślepych Inspektorat Uzbrojenia Inspektorat Uzbrojenia 2019 dopuszczenie do składania ofert
2. dostawę 23 mm naboju ślepych Inspektorat Uzbrojenia Inspektorat Uzbrojenia 2018 Oferta najkorzystniejsza, zamawiający nie podpisał umowy z powodu braku wystarczających środków
3. dostawa 20 mm nb MP LD M70 A Inspektorat Uzbrojenia Inspektorat Uzbrojenia 2020 dopuszczenie do składania ofert

Fakt, iż SKW składa zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego negatywne opinie o odwołującym był przyczyną złożenia przez odwołującego dwóch skarg na pisma SWK do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. W skargach tych odwołujący wskazał, że nie otrzymał od Służby Kontrwywiadu Wojskowego, ani jakichkolwiek innych służb, informacji, które mogłyby wskazywać na chociażby potencjalną możliwość wystąpienia jakiegokolwiek zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, a zatem zawiadomienia skierowane przez Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego do Inspektoratu Uzbrojenia dokonywane są z naruszeniem podstawowych zasad konstytucyjnych oraz zasad pro-

wadzenia postępowania przed organami administracji. Oczywiście jest, że działania informacyjno-analityczne prowadzone przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego mają charakter niejawnny, jednakże nie można zgodzić na całkowicie arbitralne działanie SKW, które zdaniem odwołującego wynikać może z oparcia na nieprawdziwych, błędnych informacjach i w konsekwencji skutkuje nieuprawnionym ograniczeniem praw podmiotowych odwołującego.

Przyjąć w ocenie odwołującego należy, że w sytuacji w której Organ kieruje do innych podmiotów zawiadomienia stanowiące podstawę wykluczenia z udziału w postępowaniu o realizację zamówienia ze względu na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa w przypadku powierzenia WORKS 11 sp. z o. o. realizacji zamówienia, to odwołujący powinien mieć możliwość otrzymania chociażby podstawowych danych w celu zweryfikowania przynajmniej w sposób ogólny podstaw czy zasadności formułowanych zarzutów.

Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na skargę do sądu administracyjnego SKW nie podała żadnych okoliczności, ani faktów, które mogłyby wpłynąć na stwierdzenie, że odwołujący nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, nie wskazano nawet na nadanie takim informacjom jakiegokolwiek klauzuli tajności lub poufności – a co najważniejsze, SKW wskazała, że nie istnieją akta sprawy. Stwierdzenie o braku akt prowadzić musi do wniosku, że informacja składane zamawiającemu są wydawane całkowicie poza procedurą, dowolnie i bezpodstawnie, a zatem nie mogą stanowić podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dowód:

- 1) skarga odwołującego do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 lipca 2021r.
- 2) odpowiedź na skargę złożona przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 6 sierpnia 2021r.

Ad 2. Zarzut naruszenia art. 128 ust 1, 4 i 5 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 9 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

Zgodnie z treścią art. 128 ust 1 zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu jeżeli są one niekompletne lub zawierają błędy; nadto zgodnie z ust 4 zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, a zgodnie z ust 5 jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w

posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych przedłożonych wraz z wnioskiem, stanowi naruszenie zasad badania i oceny wniosków.

Jeżeli bowiem odwołujący złożył ważną koncesję, a jednocześnie zamawiający otrzymał w toku postępowania pismo z SKW, to powinien był wyjaśnić taką rozbieżność (w szczególności w świetle przepisu art. 9 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym). W normalnym toku rzeczy wskazana rozbieżność powinna wzbudzić u zamawiającego co najmniej poważne wątpliwości, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem jego obowiązkiem było skierowanie odpowiedniego wezwania do odwołującego.

Zamawiający zaniechał także wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na sytuację prawną odwołującego na podstawie art. 128 ust 5, czyli przez wyjaśnienie okoliczności wskazanych w piśmie SKW u podmiotu właściwego w sprawie, tj. Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Jeżeli bowiem, zgodnie z wyżej przywołanymi przepisami ustawy szczególnej, każdy organ opiniujący (tu: SKW) ma bezwzględny obowiązek niezwłocznego przekazania uzyskanych informacji, które mogą mieć wpływ na zmianę wydanej opinii organowi koncesyjnemu (tu: MSWiA), to konieczne jest wyjaśnienie, czy SKW sporządzając pismo z dnia 15 września 2021r., przekazała do Ministra informacje, które mogą mieć wpływ na treść opinii, wydanej przez SKW 28 czerwca 2021r.

Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem zamawiającego dokonującego oceny warunków udziału w postępowaniu, w przypadku powzięcia wątpliwości co do spełniania warunków przez wykonawcę, jest skorzystanie z art. 128 ust 1, 4 i 5, które mają bezwarunkowy charakter. Brak wyjaśnienia wskazanych wyżej wątpliwości stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy i potwierdza stawiane przez odwołującego zarzuty.

ad. 3. Zarzut naruszenia art. 2 oraz art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292), art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000r. (Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010)

Całkowicie gołosłowne stwierdzenie SKW, godzące w dobre imię odwołującego i naruszające jego dobra, nie może stanowić bezrefleksyjnej przesłanki do wykluczania Spółki z zamówień publicznych i tym samym ograniczaniu dostępu do rynku dla technologii używanej w NATO. Służba Kontrwywiadu Wojskowego jest organem władzy publicznej, który powinien działać na podstawie i w granicach prawa. Zasadą demokratycznego państwa prawa jest zagwarantowanie tak obywatelom, jak i innym podmiotom prawnym, ładu prawnego stano-

wionego przez organy państwowe. Zasada państwa prawnego zawiera się w adekwatności ingerencji prawnej w życie społeczne, gospodarcze, zwłaszcza w sferę wolności obywateli. Reguła obowiązująca w państwie prawa polega na ochronie praw legalnie nabytych. Jedną z istotnych cech państwa jest konstytucjonalizacja relacji pomiędzy państwem a jednostką, pozostająca w zasięgu bezpośredniego gwarantowania wolności i praw człowieka i obywatela na terytorium danego państwa.

Zgodnie z przywołanymi przepisami Konstytucji RP ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Wolność działalności gospodarczej stanowi wartość, której realizacja i poszanowanie jest obowiązkiem wszystkich władz publicznych. Adresatem wolności działalności gospodarczej (rozumianej jako prawo podmiotowe) są „władze publiczne”, tzn. wszystkie organy, instytucje i podmioty o państwowym bądź samorządowym charakterze, które sprawują kompetencje władcze lub w sprawowaniu tych kompetencji uczestniczą. Na władzach tych ciąży dwójakiego rodzaju obowiązek: negatywny (zakaz ingerowania w swobodę gospodarczą podmiotów prywatnych, chyba że w wypadkach uzasadnionych konstytucyjnie) i pozytywny (nakaz stworzenia infrastruktury prawnej i gospodarczej umożliwiającej realne korzystanie z tej swobody).

Odwołujący podkreślił, że działanie SKW, polegające skierowaniu do Inspektoratu Uzbrojenia pisma pozwalającego uznać odwołującego za podmiot nieposiadający wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, było bezpodstawne, nieuzasadnione i naruszało przyznane odwołującemu konstytucyjnie prawa do wolności działalności gospodarczej i wynikające z tego prawo uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Poprzez bezprawne działanie SKW, odwołujący został faktycznie pozbawiony możliwości korzystania z praw podmiotowych.

Wszeczhronna i dokładna analiza sprawy wskazuje, że zamawiający nie dochował należytej staranności przy badaniu podstaw wykluczenia odwołującego, a odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest bezzasadne, a przede wszystkim bezprawne.

W dniu 4 listopada 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) nie udzielanie informacji o treści dokumentu Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 15.09.2021 r. o klauzuli „zastrzeżone” SKW-Z-336162-21-1, nr Z-227/21 (nr wch. Z-1565/IU/21), przesłanego do KIO w dniu 05.10.2021 r. za pismem zastrzeżonym nr IU/SU/Z-846/21;
- 2) oddalenie odwołania w całości;
- 3) obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr IU/63/VI-165/ZO/PO/DOS/ SS/2021 na dostawę krytych mobilnych strzelnic ćwiczebnych w kontenerach 40ft HC, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, z zastosowaniem postanowień Działu VI - Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w trybie przetargu ograniczonego.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 21.07.2021 r. o godz. 10.00.

W dniu 29.07.2021 r. zamawiający wysłał do Służby Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) pismo nr 6966/1U/21 o weryfikację podmiotową wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu, w zakresie przesłanek wskazanych w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, w ramach kompetencji SKW, tj. okoliczności możliwych do zweryfikowania jedynie przez SKW oraz przedstawienie ewentualnych informacji, które stanowią lub mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia danych podmiotów z postępowania.

Prośba o weryfikację podmiotową wykonawców, w zakresie przesłanek wskazanych w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy została ponowiona pismem nr 8358/1U/21 z dnia 10.09.2021 r. wraz z informacją, że weryfikacja wykonawców wskazanych w przywołanym piśmie jest niezbędna do dokonania oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu, w tym ewentualnego wykluczenia podmiotów z postępowania.

W dniu 15.09.2021 r. do zamawiającego wpłynęło pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego SKW-Z-336162-21-1 0 klauzuli „zastrzeżone” nr Z-227/21 (nr wch. Z-1565/IU/21), informujące, że SKW posiada informacje, które zgodnie z art. 4(5) ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowią podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania.

O wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy wniosku wykonawcy działającego pod firmą Works 11 Sp. z o.o. podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 w związku z ust. 6 ustawy, zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w dniu 20.09.2021 r. pismem nr IU/SU-WTU/8682/21 przy użyciu faksu.

W dniu 30.09.2021 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań czynności przez zamawiającego (dalej „odwołanie”).

W dniu 26.10.2021 r. do zamawiającego wpłynęło pismo SKW-393264-21-1 (nr wch. 20222/1U/21) informujące, że Służba Kontrwywiadu Wojskowego nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu SKW-Z-336162-21-1 z dnia 15.09.2021 r., zgodnie z art. 405 ust. 7 ustawy— pismo w załączeniu.

W odpowiedzi na zarzuty zamawiający wskazał:

Zarzut 1)

W uwagi na fakt, że postępowanie dotyczy zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany był do uwzględnienia warunków związanych z ochroną bezpieczeństwa państwa.

W ogłoszeniu o zamówieniu, w Sekcji III.2.1 pkt I, zamawiający w przejrzysty i jasny sposób określił warunki udziału w postępowaniu i poinformował m.in., że:

I. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art 405 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 i pkt 4 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2-4 ustawy, dotyczące (...)”

Ponadto, w Sekcji VI.3 pkt 15 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający dodatkowo podkreślił, że:

15. W przypadku otrzymania przez zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r, o ochronie informacji niejawnych - wykonawca zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wykonawcy chcący wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, już w chwili jego wszczęcia posiadali wiedzę o tym, jakie warunki muszą spełniać, aby móc się ubiegać o zamówienie.

Dodatkowego podkreślenia wymaga fakt, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie tylko nie skorzystał z zapisów art. 405 ust. 8 (z uwagi na brak uzasadnienia interesu ogólnego), lecz przez zamieszczenie w ogłoszeniu przesłanki do wykluczenia z art. 405 ust. 2 pkt. 3 ustawy zaakcentował, iż przedmiotowa przesłanka staje się obligatoryjną podstawą wykluczenia, którą zamawiający bada na każdym etapie postępowania.

Odwołujący błędnie wskazuje w zarzucie, iż jako przepis o skutku najdalej idącym, art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy winien być stosowany ostrożnie i wyłącznie w oczywście uzasadnionych przypadkach.

Zamawiający poinformował, że postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę krytych mobilnych strzelnic ćwiczebnych w kontenerach 40ft HC prowadzone jest w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dokonując oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający kierował się powyższymi zasadami. Każdy złożony wniosek został poddany dokładnej analizie i ocenie. W trakcie oceny wniosków wykonawcy, odpowiednio w zależności od potrzeb, zostali

wezvani do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy.

Odwołujący, pismem nr IU/SU-WTU/7337/21 z dnia 10.08.2021 r., również został wezwany do udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonego wraz z wnioskiem „Wykazu wykonanych dostaw”, na które udzielił wyjaśnień pismem nr P/720/08/2021 w dniu 16.08.2021 r. (nr wch. 15271/1U/21).

Zamawiający prowadząc postępowania dotyczące zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, zwraca się do instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa (Służba Kontrwywiadu Wojskowego lub Służba Wywiadu Wojskowego — w zależności od kraju wykonawcy) z wnioskiem o dokonanie weryfikacji podmiotowej wykonawców.

Pomimo, iż zamawiający już w 2020 r. (w trakcie prowadzonych innych postępowań o udzielenie zamówienia) został poinformowany przez SKW, że posiada ona informacje, które zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 1/art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, stanowią podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania (pismo nr 14162/1U/20 z dnia 16.07.2020 r., pisma o klauzuli „zastrzeżone” nr: Z-1594/IU/20 z dnia 28.08.2020 r., Z2198/1U/20 z dnia 16.11.2020 r., nrZ-717/1U/21 z dnia 12.05.2021 r. oraz pismo nr 9661/1U/21 z dnia 28.05.2021 r.), to mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców, zamawiający ponownie wystąpił do SKW z prośbą o weryfikację podmiotową wszystkich wykonawców, w tym Works 11 Sp. z o.o. — chcąc zachować należytą staranność i dokonać sprawdzenia, czy przesłanka wykluczenia nie ustała.

W dniu 29.07.2021 r. zamawiający wysłał do SKW pismo nr 6966/1U/21 z prośbą o weryfikację podmiotową wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu, w zakresie przesłanek wskazanych w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, w ramach kompetencji SKW, tj. okoliczności możliwych do zweryfikowania jedynie przez SKW oraz przedstawienie ewentualnych informacji, które stanowią lub mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia danych podmiotów z postępowania.

Wniosek o weryfikację podmiotową wykonawców, w zakresie przesłanek wskazanych w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy został ponowiony pismem nr 8358/1U/21 z dnia 10.09.2021 r. wraz z informacją, że weryfikacja wykonawców wskazanych w przywołanym piśmie jest niezbędna do dokonania oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu, w tym ewentualnego wykluczenia podmiotów z postępowania.

W dniu 15.09.2021 r. Służba Kontrwywiadu Wojskowego, pismem SKW-Z-336162-21-I o klauzuli „zastrzeżone” nr Z-227/21 (nr wch. Z-1565/IU/21), poinformowała, że posiada informacje, które zgodnie z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, stanowią podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający zauważył, że jego decyzja o odrzuceniu, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego podlegającego wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 w związku z ust. 6 ustawy nie miała 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 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L.216 z 20 sierpnia 2009 r., str. 76 z zm.)). Dokument otrzymany od właściwej instytucji państwowej - w niniejszej sprawie Służby Kontrwywiadu Wojskowego, jest wiążący dla zamawiającego.

Orzekła tak między innymi Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2365/17, w wyroku z dnia 19 maja 2021 r. sygn. akt KIO 1104/21.

Badanie okoliczności, które doprowadziły do takiej, a nie innej oceny odwołującego przez SKW, nie leży w kompetencji zamawiającego (brak uprawnień). Właściwymi dla tej oceny są jedynie 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 do odrzucenia z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego wniosku odwołującego, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Powołał również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 września 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 77/21, wyrok KIO z 29 grudnia 2016 r. KIO 2394/16.

W konsekwencji, wbrew twierdzeniom odwołującego, art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może być stosowany jedynie w uzasadnionych przypadkach, a zawsze, kiedy zostaje spełniona jego dyspozycja.

Ponadto odwołujący wskazał, 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.

Zamawiający nie kwestionował ważności lub aktualności koncesji odwołującego na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Postępowanie w zakresie zmiany koncesji jest postępowaniem odrębnym od postępowania w zakresie udzielenia zamówienia publicznego i nie ma podstaw do odnoszenia się do rozstrzygnięć tam zapadłych. Są to dwa niezależne postępowania, których nie należy łączyć.

Ponadto zamawiający nie jest organem opiniującym w postępowaniach w zakresie udzielenia koncesji.

Odnosząc się do zarzutów, iż jedynie w postępowaniach Inspektoratu Uzbrojenia spotyka odwołującego wykluczenie w następstwie przedstawionej przez SKW informacji, oraz że nie we wszystkich postępowaniach odwołujący został wykluczony, zamawiający wyjaśnił, że:

— przede wszystkim nie ma podstaw do automatycznego porównywania innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z przedmiotowym;

- dopuszczenie odwołującego do składania ofert nie oznacza braku możliwości wykluczenia go z postępowania na późniejszym etapie postępowania;

- wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniach zamawiającego, w których wskazano przesłankę m.in. z art. 405 ust. 2 pkt 3, podlegają weryfikacji przez SKW;

- wykluczanie odwołującego z postępowań miało miejsce dopiero od 2020 r., po uzyskaniu informacji od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa - SKW;

— jako przykład może posłużyć postępowanie na dostawę naboju zakłócających termicznych MJU-7A/B nr IU/161/1X-147/ZO/POOiB/DOS/SS/2019, w którym to oferta odwołującego w dniu 26.06.2021 r. została wybrana jako najkorzystniejsza. W dniu 22.07.2021 r., po otrzymaniu informacji z SKW, zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie w dniu 15.09.2021 r. po dokonaniu ponownej oceny ofert, oferta odwołującego została uznana za odrzuconą w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych;

— w tabeli (str. 8 odwołania), odwołujący wskazuje postępowania, z których nie został wykluczony. Na uwagę zasługuje fakt, że postępowania pod L.p. 1 i 2 dotyczą roku 2018, a więc przed otrzymaniem pierwszej informacji z SKW. W postępowaniu wskazanym pod L.p. 3, o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy zostali poinformowani w dniu 08.03.2020 r., czyli również przed otrzymaniem pierwszej informacji z SKW. Wszystkie trzy postępowania zostały unieważnione przez zamawiającego i nie doszło do podpisania umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego;

- w ww. tabeli pod L.p. 1 odwołujący wskazuje, że realizuje umowę na dostawę 12, 7x99 naboju snajperskich z poc. zwykłym wraz z 12, 7x99 naboju szkolnych, 12, 7x99 naboju treningowych oraz 12, 7x99 naboju snajperski z poc. przeciwpancernym (AP) wraz z 12, 7x99 naboju snajperski z poc. przeciwpancernym (AP) - przekrój. Przedmiotowa umowa została zawarta 28.10.2019 r. w ramach postępowania nr IU/230/V1-65/ZO/POOiB/DOS/SS/2018, uruchomionego w 2018 r. - wówczas służby państwowe nie zgłosiły zastrzeżeń do odwołującego;

— dołączone przez odwołującego referencje nie mają znaczenia w niniejszej sprawie. Pózwierdzają natomiast, że dotyczą zamówień publicznych realizowanych z wyłączeniem usta-

wy, z uwagi na wartości zamówień. Nie stosuje się zatem do nich rygorów określonych w dziale VI ustawy;

- ponadto w ocenie zamawiającego bez znaczenia dla niniejszego postępowania pozostaje fakt złożenia przez odwołującego skarg na pisma SKW do sądu administracyjnego.

Zarzut 2)

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu zamawiający uznał go całkowicie za bezpodstawny. Jak wskazano powyżej, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jak również sądów powszechnych, zamawiający jest związany informacją otrzymaną od właściwej służby państwowej. Zamawiający nie jest uprawniony do badania okoliczności, które doprowadziły do takiej a nie innej oceny wykonawcy. Właściwymi dla tej oceny są organy państwowe, prowadzące działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie. Zamawiający nie ma prawnej możliwości podważać dokumentu stanowiącego podstawę dla wykluczenia odwołującego. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do skierowania wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ustawy do odwołującego. Odwołujący również błędnie twierdzi, że informacja SKW, aby mogła stanowić skuteczną przesłankę do wykluczenia z postępowania, wymagała od zamawiającego uzyskania dodatkowych wyjaśnień od Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (organu koncesyjnego), na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy. Wbrew twierdzeniom odwołującego, informacja SKW stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji do odrzucenia wniosku wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1104/21 z dnia 19 maja 2021 r. „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. .

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, iż ustawodawca w art. 405 ust. 7 ustawy nakłada na zamawiającego ustawowy obowiązek odstąpienia od uzasadnienia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wobec czego zasada przejrzystości ulega ustawowej modyfikacji w stosunku do ogólnych zasad, na jakich prowadzone są postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zawiadamiał o tym fakcie wykonawców w informacji o wynikach oceny wniosków.

Uwzględniając powyższe, odwołujący, jak też wszyscy uczestnicy postępowania, poznali podstawy i przyczyny podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu wniosku nie doszło zatem do naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania (art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Zarzut 3)

Ustosunkowując się do ostatniego zarzutu w sprawie, zamawiający stwierdził, że ponownie odnosi się on do kwestii odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie na podstawie pisma SKW w kontekście naruszenia konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa oraz zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej. W odpowiedzi na argumenty przedmiotowego zarzutu wskazać należy na motyw 67 dyrektywy 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.U.E.L Nr 216, str. 76). 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. Zatem zamawiający w żadnym zakresie nie naruszył zasady państwa prawa i zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Podstawy do wykluczenia odwołującego wynikają z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, wniosku Works 11, z pisma SKW z dnia 15 września 2021 r., informacji o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dowodów dołączonych do odwołania oraz postanowienia WSA z dnia 30 września 2021r. w sprawie sygn. akt II SA/Wa 2904/21.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ściśle przytoczył treść sekcji III.2.1 i IV.3 pkt. 15 ogłoszenia o zamówieniu i Izba nie widzi konieczności ich ponownego przytaczania.

Do wniosku Works 11 dołączono koncesję nr B-009/2014 z dnia 30 stycznia 2014 r. oraz decyzje zmieniające : z dnia 7 marca 2018 r., nr 2 z 7 marca 2018 r., nr 3 z 12 lipca 2018 r., nr 4 z 3 stycznia 2019 r., nr 5 z 29 kwietnia 2019 r. nr 6 z dnia 19 marca 2020 r. i nr 7 z dnia 20 października 2020 r.

W dniu 29 lipca 2021 r. zamawiający wystąpił do SKW z prośbą o weryfikację podmiotowa wykonawców z zakresie podstaw wskazanych w art. 405 ust. 2 pkt 3(1)

W dniu 15 września 2021 r. zamawiający otrzymał odpowiedź nr SKW-Z-336162-21 z której wynikało, że w przypadku WORKS 11 służby posiadają informacje o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa.

W dniu 10 sierpnia 2021 r. zamawiający wzywał Works 11 do wyjaśnień wykazu dostaw w trybie art. 128 ust. 4 ustawy.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. Works 11 udzielił wyjaśnień.

W dniu 20 września 2021 r. zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z uzasadnieniem wiernie przytoczonym przez odwołującego w pkt. 2 ad 1 str. 5 odwołania.

W dniu 25 października 2021 r. SKW poinformował, że nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu nr SKW-Z-336162-21 z dnia 15 września 2021 r.

Z decyzji 8 do koncesji nr B-009/2014 wynika, że postanowiono zmienić decyzję (koncesję) z dnia 30 stycznia 2014 r. nr B-009/2014 (zmienioną następnie: Decyzją 2 z dnia 7 marca 2018 r. DZiK-1-6611-6-2/17/B-009/2014/11, Decyzją 3 z dnia 12 lipca 2018 r. DZiK-1-6611-170-

1/16/B-009/2014/KM, Decyzją 4 z dnia 3 stycznia 2019 r. DZiK-1-6611-716-1/1 UB-009/2014/AW, Decyzją 5 z dnia 25 kwietnia 2019 r. DZiK-1-6611-1-214-1/19/B-009/2014/AW, Decyzją 6 z dnia 19 marca 2020 r. DZiK-1-6611-6-1/20/B-009/2014/MBa oraz Decyzją 7 z dnia 20 października 2020 r. DZiK-1-6611-6-3/20/B. 009/2014/MBa)w ten sposób, że zmieniono informacje o zarządzie spółki i prokurentach.

Szef Służby Kontrwywiadu Wojskowego na potrzeby decyzji nr 8 pozytywnie zaopiniował wniosek z dnia 23.04.2021 r. WORKS 11 sp. z o.o. z siedzibą 0246 Katowice ul. Porcelanova 51

numer sprawy w MSWiA: DZiK-1-6611-261-1/2LB-009/2014MK zmianę koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

Jednostka Wojskowa Nr 4724 z siedzibą w Krakowie, potwierdziła, że WORKS 11 Sp. z o.o., zrealizowała na lecz Jednostki Wojskowej Nr 4724 umowę nr 76:2020 z dnia 18.08.2020 r, której przedmiotem była dostawa 5,56 x 45 mm nb. z poc. antyrykoszetowym o wartości 1 949 400,00 PLN.

Jednostka Wojskowa Nr 4724 poświadcza, że dostawa w ramach umowy została wykonana zgodnie z postanowieniami w/w umowy.

Poświadczone, że firma Works II Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, realizowała na rzecz Komendy Głównej Policji, niżej wymienione dostawy:

- ręczny miotacz pieprzu o pojemności 75 ml, w ilości 10.869 szt., łączną kwotę brutto 292.376,10 zł, umowa nr 149/65/Cut/19/MR z dnia 28.06.2019 r. Z uwagi na 11-dniowe opóźnienie w realizacji zamówienia, naliczono kary w kwocie 5.662,93 zł.

- NSD 10 m, w ilości 420 szt., za łączną kwotę 81,622980 zł, nr 130/52/Cut/19/TJfFBW z dnia 07.06.2019 r. Z uwagi na 20-dniowe opóźnienie w realizacji zamówienia, naliczono kary umowne w kwocie 3.2643,91 zł,

- amunicja treningowa barwiąca MTA, kalibru 9 mm, w ilości 30.000 szt., za kwotę 70,20000 zł, umowa nr 147/29/Cut/19/EJ z dnia 28.06.2019 r. Dostawa zrealizowana terminowo.

- granaty P-IM Zeveta, w ilości 1.365 szt. oraz granaty P-2M Zevefa, w ilości 450 szt., łączną kwotę 239.991,45 zł, umowa nr 118/30/Cut/19/AK z dnia 27.05.2019 r, Dostawa zrealizowana terminowo.

- amunicja treningowa barwiąca MTA, kal. 9 mm, w ilości 10.000 szt., za łączną kwotę 23.456,00 zł, umowa nr 105/357/Cut/18/EJ/FBW z dnia 27.05.2019 r. Z uwagi na 79-dniowe opóźnienie w realizacji zamówienia, naliczono kary w kwocie 3.706,04 zł.

Poświadczono, że firma WORKS 11 Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach przy ul. Porcelanowej 51, Nr NIP: 646-289-51-70, Nr REGON: 241699051, realizowała na rzecz Komendy Głównej Policji dostawę granatów hukowo-błyskowych P-IM w ilości 2614 sztuk oraz P-2M w ilości 840 sztuk. Dostawa została zrealizowana na podstawie umowy nr 41/230/Cut/20/AP z dnia 24.03.2021 r. Wartość umowy wynosiła 676,282593 zł brutto. Przedmiot umowy został dostarczony terminowo i wykonany należyście.

Poświadczono, że firma WORKS II Sp. z o.o., z siedzibą ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, zrealizowała w roku 2021. dostawę na rzecz Policji nr. środków bojowych:

1) granat hukowo-błyskowy NST—w ilości 384 szt.,

2) granat treningowy wielokrotnego użytku (skorupa) NST — w ilości 76 szt.

Kwota kontraktu 119.937,43 zł (wartość faktury 119.937,42 zł). Dostawa została zrealizowana terminowo, zgodnie z warunkami określonymi w umowie.

Skarga z dnia 12 lipca 2021 r.

Działając w imieniu WORKS 11 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w oparciu o art. 3 par 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz. U. z 2019 poz. 2325 z późn. zm.), zwanej dalej p.p.s.a., oraz art. 50 par 1, art. 52 par 1 i 2, art. 53 par 1 oraz art. 54 S 1 p.p.s.a., zaskarżono w całości inny akt - w rozumieniu art. 3 par 2 pkt 4) p.p.s.a. - wydany przez Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie (zwany dalej także Organem lub SKW) stanowiący pismo skierowane do Inspektoratu Uzbrojenia Szefostwo Techniki Lądowej w Warszawie (zwany dalej także Inspektorem Uzbrojenia lub Zamawiającym) z nieustalonej daty (pomiędzy 16.04.2021r. a 11.06.2021r.), dotyczące WORKS 11 sp. z o.o. i będące podstawą odrzuceniu wniosku skarżącego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie

art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 405 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą Prawo zamówień publicznych lub ustawą Pzp, ze względu na to, że z treści przedmiotowego pisma Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie wynika, że przyjęcie oferty WORKS 11 sp. z o. o. naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa. Skarżący powziął wiedzę o istnieniu i złożeniu w/w zawiadomienia Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie z pisma Inspektoratu Uzbrojenia z dnia 11 czerwca 2021r. Ze względu na to, że skarżącemu nie udostępniono skarżonego „innego aktu”, zawiadomienia pochodzącego od Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie przesłanego do Inspektoratu Uzbrojenia, w związku z tym skarżący obiektywnie nie ma możliwości doprecyzowania daty, znaku pisma czy zapoznania się z podstawami sporządzenia informacji zawartej w w/w „innym akcie” Organu. Zarzuty skargi zmierzają do oceny przez Sąd przesłanek i uzasadnienia zawartego w dokumentach Organu do których skarżący nie posiada dostępu. Podniesiono przede wszystkim naruszenie przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), zwana dalej Konstytucją RP, oraz przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2021. poz. 735), zwana dalej k.p.a., polegające na:

1. naruszenie art. 22 Konstytucji RP w zw. z art. 20, art. 2, art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292), art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000r. (Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010) oraz art. 7, 8 k.p.a. polegające na bezprawnym, bezpodstawnym, sporządzeniu informacji przez Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego o zagrożeniu dla obronności lub bezpieczeństwa państwa w przypadku powierzenia WORKS 11 sp. z o. o. realizacji zamówienia, skierowanej do Inspektoratu Uzbrojenia, która doprowadziła do odrzucenia wniosku skarżącego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podczas gdy zdaniem skarżącego nie zaistniały jakiegokolwiek podstawy do stwierdzenia możliwości zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa przez powierzenie WORKS II sp. z o. o. realizacji zamówienia, czym Organ dopuścił się naruszenia konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej, wyrażającej się m.in. w możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie i realizację zamówienia przy zachowaniu obowiązujących powszechnie przepisów prawnych;
2. naruszenie art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP w zw. z art. 2 Konstytucji RP oraz art. 7, 8 k.p.a. polegające na tym, że wbrew konstytucyjnej zasadzie równego traktowania przez władze publiczne oraz zakazu dyskryminacji m.in. w życiu gospodarczym, Organ z niewiadomych skarżącemu przyczyn, sporządził pismo, zawiadomienie w którym stwierdził, że powierzenie realizacji zamówienia Skarżącemu powodowałoby zagrożenie dla obronności lub bez-

pieczeństwa państwa, w sytuacji gdy nie przedstawiono uzasadnienia takiego działania Organu, a zdaniem skarżącego jest ono nieuprawnione i stanowi przejaw autorytatywnej pozycji organu władzy publicznej prowadzący do naruszenia zasady równego traktowania oraz dyskryminację skarżącego w aspekcie gospodarczym, ogranicza bezpodstawnie swobodę prowadzenia działalności gospodarczej;

3. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tj. Dz. U. z 2019 poz. 687 ze zm.) zwana dalej ustawą o SKW, oraz motywu 65 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009r. 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. U. L 216 z 20.8.2009, s. 76) zwana dalej dyrektywą obronną, oraz art. 7, 8 k.p.a. poprzez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zgodny z przepisami ustawy o SKW, brak jakichkolwiek podstaw faktycznych do stwierdzenia przez Organ wystąpienia braku wiarygodności skarżącego, która mogłaby wynikać z niektórych cech produktów dostarczonych przez skarżącego lub z jego struktury własności, w sytuacji gdy nie wystąpiły obiektywne przesłanki, które zgodnie z powołaną regulacją miałyby świadczyć o wstąpieniu zagrożenia bezpieczeństwa państwa lub obronności;

4. naruszenie art. 5 w zw. z art. 1 ust. I ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz. U. z 2019r. poz. 742) poprzez nadanie klauzuli „tajne”, „ściśle tajne”, „poufne” czy „zastrzeżone” dokumentom, których ujawnienie nie może zdaniem skarżącego wpłynąć ujemnie na interesy Rzeczypospolitej Polskiej, które to działanie Organu w konsekwencji uniemożliwia zapoznanie się przez WORKS II sp. z o. o. z dokumentami dotyczącymi skarżącej Spółki na podstawie których Szef SKW skierował pismo („inny akt”) do Inspektoratu Uzbrojenia, które skutkowało odrzuceniem wniosku skarżącego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

5. naruszeniu art. 7, 8 kp.a. poprzez niewypełnienie obowiązków nałożonych na organy administracji publicznej, w szczególności obowiązku stania na straży praworządności i podejmowania wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli poprzez pozbawienie strony prawa do sprawiedliwego oraz jawnego rozpatrzenia sprawy, skutkujące naruszeniem prawa skarżącego do dochodzenia obrony w postępowaniu przed Organem konstytucyjnie zagwarantowanych wolności i praw, niewyjaśnienie sprawy w sposób obiektywny i wszechstronny, skutkujące wadliwymi, arbitralnymi, niepopartymi dowodami ustaleniami dotyczącymi występowania ze strony skarżącego zagrożenia naruszenia bezpieczeństwa państwa czy obronności;

6. błędne i nieuprawnione stwierdzenie, że działalność skarżącego jako podmiotu prawa spowoduje przy realizacji zamówienia na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia wystąpienie zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa czy obronności, w sytuacji gdy wobec WORKS 11 sp. z o.o. nie są prowadzone przez SKW czy inne służby jakiegokolwiek postępowania w zakresie związanym z możliwością naruszenia zasad bezpieczeństwa państwa czy obronności, co skutkuje całkowitą arbitralnością i bezpodstawnością działań Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego, które godzą także w prawa osobiste skarżącego (m.in. „dobre imię” Spółki);

Na podstawie zgłoszonych zarzutów oraz w oparciu o art. 146 par. 1 p.p.s.a. wniesiono o:

1. uchylenie zaskarżonego „innego aktu” tj. zawiadomienia wydanego w dacie pomiędzy 16.04.2021r. a 11.06.2021r. przez Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie skierowanego do Inspektoratu Uzbrojenia w Warszawie dotyczącego WORKS 11 sp. z o.o. informującego o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa w sytuacji powierzenia WORKS 11 sp. z o.o. realizacji zamówienia;
2. zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego skarżącego przez radcę prawnego.

Odpowiedź na skargę

Działając w imieniu Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego (w oparciu o art. 54 par 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U z 2019 r. poz. 2325, z późn. zm. - dalej jako „p.p.s.a.”), przekazał skargę WORKS 11 sp. z o.o. (dalej jako „Skarżący”) z dnia 12 lipca 2021 r., na zawiadomienie (brak informacji o dacie, znaku pisma) skierowaną do Inspektoratu Uzbrojenia w Warszawie dotyczącą skarżącego o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa w związku z ogłoszeniem o

zamówieniu nr 2021/S 074-190273, doręczoną Szefowi SKW w dniu 16 lipca 2021 r., wnosząc o:

1. odrzucenie Skargi w całości, ewentualnie
2. oddalenie Skargi w całości.

W uzasadnieniu SKW podniósł:

W dniu 16 lipca 2021 r. do Służby Kontrwywiadu Wojskowego wpłynęła skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie skierowana przez Skarżącego. Przedmiotowa skarga, jak zostało w niej wskazane, dotyczyła zaskarżenia w całości innego aktu - w rozumieniu art. 3 S 2 pkt 4 p.p.s.a. — wydanego przez Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie stanowiącym pismo skierowane do Inspektoratu Uzbrojenia Szefostwa Techniki Lądowej w Warszawie (zwany dalej również „Zamawiającym”) z nieustalonej daty (pomiędzy 16 kwietnia 2021 r., a 1 1 czerwca 2021 r.), dotyczące WORKS 1 1 sp. z o.o. i będące podstawą odrzuceniu wniosku Skarżącego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 405 ust. 6 ustawy z dnia 1 1 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) ze względu na to, że z treści przedmiotowego pisma Służby Kontrwywiadu Wojskowego wynika, że przyjęcie oferty WORKS 1 1 sp. z o.o. naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa.

Jak wskazał Skarżący ze względu na to, że nie udostępniono mu skarżonego „innego aktu”, zawiadomienia pochodzącego od Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie przesłanego do Inspektoratu Uzbrojenia, nie miał możliwości doprecyzowania daty, znaku pisma, czy zapoznania się z podstawami sporządzenia informacji zawartej w ww. „innym akcie” Organu.

W skardze podniesiono zarzuty dotyczące naruszenia przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. z 2001 r. nr 28, poz. 319) oraz przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735).

W związku z faktem, że sprawa nie należy do właściwości sądu administracyjnego, skarga złożona w niniejszej sprawie powinna zostać odrzucona jako niedopuszczalna, względnie oddalona jako bezzasadna, co zostanie wykazane w dalszej części pisma.

Kognicja sądu administracyjnego w świetle przepisów p.p.s.a.

W ocenie Służby Kontrwywiadu Wojskowego skarga podlega odrzuceniu, bowiem sprawa nie należy do właściwości sądu administracyjnego.

Zgodnie z art. 3 par 1 p.p.s.a. sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej i stosują środki określone w ustawie. Według art. 3 par 2 p.p.s.a.

kontrola ta obejmuje orzekanie w sprawach skarg na:

- 1) decyzje administracyjne;
- 2) postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę co do istoty;
- 3) postanowienia wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, na które przysługuje zażalenie;
- 4) inne niż określone w pkt 1-3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, z wyłączeniem aktów lub czynności podjętych w ramach postępowania administracyjnego określonego w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 oraz z 2019 r. poz. 60, 730, 1133 i 2196), postępowań określonych w działach IV, V i VI ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2019 r. poz. 900, z późn. zm.), postępowań, o których mowa w dziale V w rozdziale 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 768, 730, 1520, 1556 i 2200), oraz postępowań, do których mają zastosowanie przepisy powołanych ustaw;

- 4a) pisemne interpretacje przepisów prawa podatkowego wydawane w indywidualnych sprawach, opinie zabezpieczające i odmowy wydania opinii zabezpieczających;
- 5) akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej;
- 6) akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, inne niż określone w pkt 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej;
- 7) akty nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego;
- 8) bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w przypadkach określonych w pkt 1-4 lub przewlekłe prowadzenie postępowania w przypadku określonym w pkt 4a;
- 9) bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w sprawach dotyczących innych niż określone w pkt 1-3 aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczących uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa podjętych w ramach postępowania administracyjnego określonego w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego oraz postępowań określonych w działach IV, V i VI ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa oraz postępowań, do których mają zastosowanie przepisy powołanych ustaw.

Sądy administracyjne orzekają także w sprawach sprzeciwów od decyzji wydanych na podstawie art. 138 par 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego, a także w sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę, i stosują środki określone w tych przepisach (art. 3 par. 2a i par. 3 p.p.s.a.).

Z cytowanych przepisów wynika, że kontrola działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie wyłącznie w sprawach ściśle przez ustawę określonych. Rolą sądu administracyjnego jest więc uprzednie zbadanie każdej z wniesionych skarg pod względem jej dopuszczalności. Dopiero stwierdzenie, że dana sprawa podlega kognicji sądów administracyjnych będzie otwierało drogę do merytorycznej oceny kwestionowanego aktu, czynności, bezczynności lub przewlekłego prowadzenia postępowania.

W rozpoznawanej sprawie Skarżący kwestionował czynność, polegającą na zawiadomieniu dokonany przez Szefa SKW na podstawie art. 405 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawa zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. zwana dalej jako „ustawa PZP”), który stanowi iż: „ Wykluczenie, na podstawie ust. 2 pkt 3, może nastąpić także w przypadku otrzymania przez zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Po pierwsze należy stwierdzić, że ww. zawiadomienie w świetle art. 3 par 2 pkt 4 p.p.s.a. nie jest ani aktem, ani też czynnością z zakresu administracji publicznej, który dotyczyłby uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa.

Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 15 listopada 2019 r. (I GSK 1987/19, Lex nr 2740987) zagadnienie odnoszące się do przesłanek warunkujących właściwość sądów administracyjnych w sprawach ze skarg na niebędące decyzjami ani postanowieniami akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisu prawa, o których mowa w art. 3 par 2 pkt 4 p.p.s.a., stanowiło przedmiot licznych wypowiedzi w orzecznictwie sądowoadministracyjnym oraz w doktrynie prawa, a prezentowane na ich gruncie podejście należy uznać za ugruntowane. W jego świetle za akty lub czynności, o których mowa w art. 3 par 2 pkt 4 p.p.s.a. uznaje się te, które:

- 1) w rozumieniu przepisów prawa materialnego i procesowego nie są decyzją lub postanowieniem;
- 2) mają charakter indywidualny, co wynika z określenia ich przedmiotu, a mianowicie uprawnień lub obowiązków, których dotyczą;
- 3) podejmowane są na podstawie przepisów prawa, które nie wymagają ich automatycznej konkretyzacji, a jedynie potwierdzenia uprawnienia lub obowiązku wynikającego z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, co oznacza również, że stanowią one przejaw wiedzy organu wykonującego administrację publiczną;
- 4) są podejmowane w zakresie administracji publicznej, charakteryzując się, między innymi, jednostronnością działania;
- 5) są podejmowane przez podmiot wykonujący administrację publiczną.

(tak. B. Adamiak, Z problematyki właściwości sądów administracyjnych, art. 3 S 2 pkt 4 p.p.s.a., ZNSA 2006 nr 2, s. 18- 19).

W tym kontekście nie sposób uznać, że zaskarżone zawiadomienie może podlegać kognicji tut. Sądu z poniżej wskazanych argumentów.

Zakres właściwości sądu administracyjnego dotyczy tych jedynie aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczących uprawnień lub obowiązków, które wynikają z przepisów prawa, które mają charakter zewnętrzny (por. np. wyrok NSA z 4 lutego 1998, II SA 1367/97, ONSA 1998, Nr 4, poz. 139; także T. Woś, w: T. Woś (red.), "Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz", Warszawa 2005, s. 60). Należy podkreślić, że zawiadomienie z art. 405 ust. 6 ustawy PZP nie jest skierowane do wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy PZP. Nie ma też charakteru generalnego, ponieważ jej adresem jest jedynie zamawiający.

Ponadto z treści powołanego art. 405 ust. 6 ustawy PZP nie wynika, aby instytucja właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa miała upo-

ważnienie do nałożenia na wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku. Uzyskanie informacji o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa przez zamawiającego może być jedynie przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Tym samym to zamawiający podejmuje decyzję, czy wykluczy wykonawcę na podstawie przesłanki wyrażonej w omawianym przepisie.

W przypadku wykluczenia, o którym mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 405 ust. 6 w zw. art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, wykonawcy przysługuje prawo wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (art. 513 ustawy PZP). Wykluczenia wykonawcy może dokonać jedynie zamawiający. Oznacza to, że zawiadomienie złożone w trybie art. 405 ust. 6 ustawy PZP jest fazą postępowania poprzedzającą wykluczenie wykonawcy, od której ustawa - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje środków odwoławczych, jak również nie odsyła do stosowania przepisów k.p.a.

W orzecznictwie sądowym podkreśla się również, że akty lub czynności, o których mowa w art. 3 par. 2 pkt 4 p.p.s.a. odpowiadają formule nie tyle stosowania prawa, co jego wykonywania, a więc formule wykonawczej, która wyraża się w urzeczywistnieniu (realizacji) dyspozycji normy prawnej kreującej konkretny (a więc już istniejący) stosunek administracyjny i wynikające z niego uprawnienie lub obowiązek (por. Z. Kmiecik, Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 lutego 2008 r. sygn. akt I OPS 3/07, OSP 2008, z. 5, poz. 51, s. 350 - 351). W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z istniejącym stosunkiem administracyjnym, gdyż art. 405 ust. 6 ustawy PZP reguluje jedynie przekazanie informacji, które mogą ale nie muszą być podstawą do podjęcia decyzji przez inny podmiot w postępowaniu, które podlega ustawie PZP i nie ma charakteru administracyjnego.

W niniejszej sprawie nie istnieją akta sprawy, które mogłyby zostać przekazane wraz ze Skargą, natomiast przekazanie Skargi wraz z odpowiedzią z odpowiedzią na Skargę następuje z zachowaniem ustawowego, 30-dniowego terminu, o którym mowa w art. 30 par. 2 p.p.s.a.

W dniu 30 września 2021 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w sprawie sygn. akt II SA/Wa 2904/21 postanowił odrzucić skargę uznając, że sprawa nie należy do właściwości sądu administracyjnego. Wskazał, że zawiadomienie w trybie art. 405 ust. 6 ustawy nie przewiduje środków odwoławczych i nie odsyła do przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego i nie jest skierowane do wykonawcy, a jego adresatem jest zamawiający. Uzyskanie informacji o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa jest jedynie przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania. Decyzję o tym wykluczeniu podejmuje zamawiający.

Z zeznań świadka K.K. wynika, że okoliczność wskazana w piśmie z dnia 15 września 2021 r. trwa nadal i czynność weryfikacji wykonawcy jest podejmowana każdorazowo na wniosek zamawiającego w konkretnym przetargu do którego przystąpił konkretny wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania określoną w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 146 ust 1 pkt 2 lit a oraz art. 405 ust 2 pkt 3 i ust 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez nieuzasadnione uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania i niegodne z prawem przyjęcie, że wystarczającym dla wykluczenia odwołującego i odrzucenia złożonego przez niego wniosku jest lakoniczna informacja o rzekomym braku wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, podczas gdy ciężar wykazania przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania obciąża zamawiającego, a zgodnie z jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadą przejrzystości – zamawiający powinien przedstawić to uzasadnienie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości; nadto przepis art. 405 ust 2 pkt 3, jako przepis o skutku najdalej idącym, winien być stosowany ostrożnie i wyłącznie w oczywście uzasadnionych przypadkach i

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 128 ust 1, 4 i 5 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 9 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (dalej: ustawa z dnia 13 czerwca 2019r.), przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych przedłożonych wraz z wnioskiem, podczas gdy jeżeli rzeczywiście dokumenty te wzbudziły u zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to obowiązkiem zamawiającego było skierowanie odpowiedniego wezwania do odwołującego, względnie wyjaśnienie stanu faktycznego i wątpliwości zgłaszanych przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (dalej: SKW) wobec odwołującego przez wniosek do MSWiA o przedstawienie informacji lub dokumentów potwierdzających wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa i

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 2 oraz art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292), art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000r. (Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010) polegające na odrzuceniu wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału

tu w postępowaniu jedynie na podstawie pisma SKW, podczas gdy nie zaistniały jakiegokolwiek podstawy do stwierdzenia możliwości zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa przez powierzenie odwołującemu realizacji zamówienia, czym zamawiający dopuścił się naruszenia konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa oraz zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej, wyrażającej się m.in. w możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie i realizację zamówienia przy zachowaniu obowiązujących powszechnie przepisów prawnych

Zarzuty nie potwierdziły się.

Izba stwierdziła, że odwołanie oparte jest o następujące podstawy prawne:

Art. 405 ust. 2 pkt. 3 ustawy, zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę, którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub 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.

Zgodnie z ust. 6 tegoż przepisu wykluczenie, na podstawie ust. 2 pkt 3, może nastąpić także w przypadku otrzymania przez zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

W myśl art. 405 ust. 7 ustawy zamawiający odstępuje od uzasadnienia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, na podstawie ust. 2 pkt 3, w przypadku gdy uzasadnienie podstaw wykluczenia ma charakter niejawnny lub zastrzeżono, że nie wyraża się zgody na przekazanie wykonawcy informacji o treści zawiadomienia, o którym mowa w ust. 6, albo przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu.

Z kolei przepis art. 405 ust. 8 ustawy przewiduje, że zamawiający może odstąpić od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w ust. 1 i 2, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, za-

mawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2. zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z ust. 4 tegoż przepisu zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Natomiast w myśl art. 128 ust. 5 ustawy jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

W myśl art. 9 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1214 tj. z dnia 27 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1545 ze zm.) przed udzieleniem koncesji organ koncesyjny zasięga, a przed wydaniem innych decyzji, o których mowa w art. 8 ust. 1 - może zasięgnąć, opinii ministra właściwego do spraw gospodarki, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego lub właściwego komendanta wojewódzkiego Policji. W przypadku uzyskania informacji, które mogą mieć wpływ na zmianę wydanej opinii, organy opiniujące niezwłocznie przekazują uzyskane informacje organowi koncesyjnemu.

Zgodnie z art. 2 Prawa przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 646, tj. z dnia 11 czerwca 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292, tj. z dnia 8 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 162) podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach.

Artykuł 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej wskazuje, że uznaje się wolność prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi.

Z przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483) wynika, że :

Art. 2 Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Art. 8 ust. 2. Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej.

Art. 22 Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Odwołujący podnosił, że art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy w obecnym brzmieniu nakłada na zamawiającego obowiązek badania informacji otrzymywanej od właściwych służb w celu ustalenia czy zachodzi przesłanka wykluczenia z powodu uznania wykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej dla wykluczenia zagrożenia dla obronności lub 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 20210 r. o ochronie informacji niejawnych. Odwołujący wywodził tę okoliczność z faktu posłużenia się w tym przepisie sformułowaniem „zamawiający może wykluczyć wykonawcę”. Odwołujący wywodził z tego, że w przeciwieństwie do art. 131 e ust. 1 pkt 5 starego Pzp ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązku wykluczania, a zamawiający ma obowiązek zweryfikować, czy rzeczywiście wykonawca utracił wiarygodność. W ocenie Izby jednak użycie sformułowania „zamawiający może wykluczyć wykonawcę” oznacza jedynie to, że ustawodawca zdecydował się przesunąć przesłankę utraty wiarygodności z dotychczasowych przesłanek obligatoryjnych – art. 131 e ust. 1 starej ustawy, do przesłanek fakultatywnych dotychczas ujętych w art. 131 e pkt. 1b starej ustawy. Tym samym wybór jaki zamawiającemu pozostawił ustawodawca sprowadza się wyłącznie do oceny tego, czy będzie wykluczał wykonawcę uznanego za niewiarygodnego czy też nie zdecyduje się na takie wykluczenia na etapie opracowywania dokumentów zamówienia. Ustawodawca dał także zamawiającemu dodatkowy instrument pozwalający na wycofanie się z wykluczenia tak obligatoryjnego (art. 405 ust. 1 nowego Pzp) jak i fakultatywnego (art. 405 ust. 2 nowego Pzp), pod warunkiem, że zamawiający przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym – art. 405 ust. 8 ustawy. W ocenie Izby taka konstrukcja przepisów pozwala z jednej strony zamawiającemu zadecydować jak głęboko będzie weryfikował wykonawcę – czyli czy zastosuje wykluczenia z art. 405 ust. 2, w tym z pkt 3 czy też nie i z drugiej zamawiający może także podjąć decyzję, że dopiero na etapie badania wniosków zadecyduje, czy będzie wykluczał wykonawcę, czy też nie, czego jednak warunkiem jest przewidzenie tej możliwości w ogłoszeniu.

W tym postępowaniu zamawiający skorzystał z fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, co wprost wskazał w sekcji III.2.1 pkt 1 ogłoszenia, ale zamawiający nie skorzystał z możliwości ujęcia w ogłoszeniu dopuszczalności odstąpienia od wykluczenia z art. 405 ust. 8 ustawy. Przeciwnie zamawiający wprost wskazał, że jeśli wystąpi przesłanka

wykluczenia z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, to wykluczy wykonawcę. W ocenie Izby zatem użyte sformułowanie „zamawiający może wykluczyć wykonawcę” dotyczy tylko etapu przygotowania zamówienia i konstrukcji przyjętej w dokumentacji postępowania. Swoboda zamawiającego sprowadza się do tego czy będzie wykluczał z przesłanek fakultatywnych, czy też nie i czy ze wszystkich, czy też tylko z wybranych. Natomiast jeśli, tak jak w tej sprawie, zamawiający nie przewidzi możliwości odstąpienia od wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, czyli zamawiający nie zastosuje art. 405 ust. 8 ustawy, to w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ogłoszeniu, ma obowiązek wykluczyć wykonawcę. I tu już nie ma miejsca na swobodę zamawiającego – wystąpiły przesłanki, zamawiający wyklucza wykonawcę. Kiedy zatem wystąpi przesłanka utraty wiarygodności – przesłanka ta występuje w momencie otrzymania przez zamawiającego bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa. Istnienie zatem pisemnego dowodu na posiadanie przez właściwe służby informacji o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa, jest dla zamawiającego wystarczającym i jedynym dowodem na zaistnienie przesłanki wykluczenia z postępowania odwoławczego. Zamawiający ma zatem obowiązek zbadać, czy zaistniała przesłanka wykluczenia, którą przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i w tym celu zamawiający kieruje wniosek do właściwych służb i uzyskując odpowiedź bada jej treść ustalając, czy właściwa służba przekazała mu, że jest w posiadaniu informacji o wystąpieniu zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa, czy takich informacji nie posiada. Natomiast zamawiający nie został wyposażony w mechanizm weryfikacji zgodności tej informacji z rzeczywistym stanem faktycznym. Zamawiający zatem jeśli otrzyma informację o tym, że służby są w posiadaniu informacji o wystąpieniu zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa, jest nią związany i zobowiązany do wykluczenia wykonawcy (oczywiście o ile nie skorzystał z art. 405 ust. 8 ustawy).

Zbieranie informacji o danym podmiocie i ocena jego wiarygodności z punktu widzenia obronności i bezpieczeństwa państwa zostało powierzone wyspecjalizowanym organom państwowym, nie jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego. Tym samym jest to postępowanie zewnętrzne, którego tylko sam wynik w postaci pisemnej informacji jest przekazywany jako dowód w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu weryfikacji istnienia przesłanki wykluczenia. Należy także zauważyć, że gromadzenie informacji o danym podmiocie przez wyspecjalizowane organy nie służy wyłącznie na potrzeby zamawiających w realizowanych przez nich zamówieniach publicznych. Izba natomiast jest organem badającym zgodność z przepisami ustawy zachowań zamawiającego, a nie organów w stosunku do niego zewnętrznych.

Słusznie w tym zakresie zamawiający wskazywał na motyw 67 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym ocena zamawiającego dotycząca wiarygodności konsorcjów ma charakter arbitralny, gdy nie zostanie oparta na ocenie dokonanej przez właściwą służbę państwową. Wytyczne zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U rz. UE L. 216 z 20.08.2009 r., str. 76 ze zm.) wskazują na możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego (art. 39 ust. 2 lit. e). Zgodnie z motywem 65 wykluczenie wykonawcy jest możliwe w przypadku, gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Punkt (e) nie przyznaje całkowitej dyskrecjonalności zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi być oparte na ryzyku dla bezpieczeństwa Państwa Członkowskiego. Zamawiający musi być przygotowany do wykazania, jeśli to konieczne, w toku specjalnych procedur odwoławczych, że istnieją obiektywne i weryfikowalne czynniki wskazujące na brak wiarygodności, który powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa kraju. Właściwym środkiem dowodowym dla oceny wiarygodności wykonawców są organy państwowe, prowadzące działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie.

Jak wynika z tego motywu – środkiem dowodowym są w tym przypadku informacje od właściwych organów państwowych, w kontekście niniejszej sprawy – Służby Kontrwywiadu Wewnętrzny, która przekazała zamawiającemu wynik tych działań w postaci pisma z dnia 15 września 2021 r. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy. W konsekwencji odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczony wpis odwołującego, gdyż zamawiający mimo wniosku zawartego w odpowiedzi na odwołanie do zamknięcia rozprawy nie wykazał,

aby ponieść koszty postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....