

**WYROK**  
**z dnia 6 września 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Ryszard Tetzlaff  
Renata Tubisz

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2022 r. przez wykonawcę **M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D., ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów, w imieniu i na rzecz którego działa zarządca przymusowy,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Arlen S.A., ul. Adama Branickiego 17, 02-972 Warszawa** oraz **Iturri S.A., Av. Roberto Osborne 9, 41007 Sevilla, Hiszpania,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D., ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów, w imieniu i na rzecz którego działa zarządca przymusowy, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

.....

.....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstantynowska 85, 95-100 Zgierz, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa w ramach pracy rozwojowej „Trzewiki zimowe” partii prototypowej, wzorów i partii próbnej, wzorów do produkcji seryjnej wraz z materiałami zasadniczymi trzewików zimowych”, numer referencyjny: 46/ZP/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.03.2022 r., nr 2022/S 060-159034.

W dniu 22.07.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D., ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów, w imieniu i na rzecz którego działa zarządca przymusowy (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez bezpodstawne zastosowanie, w sytuacji gdy Odwołujący posiada wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „(...) Pismem z dnia 13.07.2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Z treści dokumentu ma wynikać, że Odwołujący został uznany za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej dla wykluczenia zagrożenia bezpieczeństwa państwa „ponieważ przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa Zamawiającemu”. Zamawiający odstąpił od uzasadnienia swojej decyzji. (...) Odwołujący rzecz jasna nie kwestionuje tego, że z uwagi na specyficzny charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przede wszystkim w zakresie bezpieczeństwa informacji niejawnych, bezpieczeństwa dostaw i konieczności zachowania elastyczności procedur, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie szczególnego katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w stosunku do ogólnych podstaw wykluczenia z art. 108 i art. 109 pzp. Nie zmienia to jednak w niczym tego, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie może mieć charakteru arbitralnego i dowolnego, a powinna stanowić efekt adekwatnej oceny informacji otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa. (...)

O ile bowiem art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych przewidywał w takiej sytuacji obligatoryjne wykluczenie wykonawcy

z postępowania, o tyle pzp czyni z tego przesłankę fakultatywną. Zamawiający musi zatem samodzielnie ocenić, czy posiadane przez niego informacje rzeczywiście pozbawiają wykonawcę wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa. Ocena ta zresztą musi uwzględniać specyfikę przedmiotu danego postępowania. Inaczej bowiem kształtuje się potencjalne zagrożenie bezpieczeństwa w postępowaniach na dostawę wysokospecjalistycznych systemów uzbrojenia, inaczej zaś w odniesieniu do postępowań dotyczących kwestii ściśle logistycznych (tu: obuwia).

Zamawiający w ramach niniejszej sprawy skorzystał z przewidzianego w art. 405 ust. 7 pzp uprawnienia do odstąpienia uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego powołując się na to, że przekazujący podstawy do wykluczenia nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa Zamawiającemu. Wobec powyższego Odwołującemu nie pozostaje nic innego, jak:

- a) zakwestionować zaistnienie po jego stronie jakichkolwiek okoliczności pozbawiających go wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa i
- b) żądać zweryfikowania przez Izbę istnienia zawiadomienia, które było podstawą zaskarżonej decyzji Zamawiającego oraz tego, czy pochodzi ona od organu, który ma uprawnienia do wydania oceny w przedmiocie istnienia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. (...)

Niejako antycypując stanowisko Zamawiającego Odwołujący zauważa, że okolicznością pozbawiającą go wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa z całą pewnością nie może być fakt prowadzenia postępowania karnego przeciwko właścicielowi Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DEMAR” – Panu M. D..

Po pierwsze, fakt ten był znany od samego początku niniejszego postępowania – chociażby z podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Zarządcę Przymusowego ustanowionego na podstawie postanowienia (...) Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie 8 Wydział do Spraw Wojskowych (...), którego odpis dołączono do wniosku. Rację ma Zamawiający, że zgodnie z art. 110 ust. 1 pzp, że wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, niemniej jednak byłoby co najmniej zastanawiające byłoby wykluczenie po pozytywnej weryfikacji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, prowadzeniu korespondencji i udzielaniu odpowiedzi na pytania Odwołującego do treści specyfikacji warunków zamówienia.

Po drugie, sama treść postanowienia wskazuje czyn zarzucany Panu M. D. nie ma nic wspólnego z bezpieczeństwem państwa.

Po trzecie (i najważniejsze), w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (tak samo jak w niniejszym odwołaniu) Odwołujący działa nie jako M. D., a jako Zarządca

Przymusowy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DEMAR”. Właściciel przedsiębiorstwa objętego zarządem przymusowym nie tylko, że nie może wykonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu przedsiębiorstwem, co wręcz tego zarządu został pozbawiony w jakimkolwiek zakresie. Ze znajdującego zastosowanie na podstawie art. 292 § 1 Kodeksu postępowania karnego art. 752<sup>4</sup> § 1<sup>1</sup> Kodeksu postępowania cywilnego (dalej „kpc”) jednoznacznie wynika, że obowiązany (tu: podejrzany) właściciel przedsiębiorstwa nie może być jego zarządcą zajętego przedsiębiorstwa, co stanowi istotną różnicę w odniesieniu do postępowania egzekucyjnego dotyczącego nieruchomości, gdzie z mocy art. 933 § 1 kpc regułą jest pozostawienie zarządu nad nieruchomością dłużnikowi. Regulacja ta w pełni koresponduje z przepisami procedury karnej, skoro zgodnie z art. 292a § 1 kpk zarządcą przymusowym może być wyłącznie osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego (tak samo zresztą jak w przypadku egzekucji z przedsiębiorstwa w postępowaniu cywilnym - art. 1064<sup>15</sup> § 1 kpc w zw. z art. 1064<sup>10</sup> § 1 kpc).

Pozbawienie właściciela przedsiębiorstwa prawa zarządu (co dotyczy przede wszystkim sfery wewnętrznej działalności przedsiębiorstwa) łączy się ze sferą zewnętrzną, tj. czynnościami dokonywanymi wobec osób trzecich. Zgodnie z art. 752<sup>5</sup> kpc, czynności prawne obowiązanego dotyczące majątku objętego zarządem przymusowym podjęte po ustanowieniu zarządu są nieważne. Tym samym, odnoszenie do Odwołującego jakichkolwiek okoliczności dotyczących właściciela Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DEMAR” nie znajduje żadnego uzasadnienia. (...)

Zgodnie art. 255 pkt 6 pzp, zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego taka właśnie sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie. Bezpodstawne wykluczenie Odwołującego przez Zamawiającego uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty. Wada ta ma charakter nieusuwalny, z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego czynności otwarcia ofert. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji (z uwagi na upływ terminu do składania ofert oraz dokonanie przez Zamawiającego otwarcia ofert) - unieważnienia postępowania na podstawie art. 225 pkt 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27.07.2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Arlen S.A., ul. Adama Branickiego 17, 02-972 Warszawa oraz Iturri S.A., Av. Roberto Osborne 9, 41007 Sevilla, Hiszpania (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 03.08.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 05.08.2022 r. odwołujący przekazał replikę na ww. odpowiedź na odwołanie.

Pismami z dnia 22.08.2022 r. i 26.08.2022 r. zamawiający i przystępujący ustosunkowali się do argumentacji odwołującego podniesionej w replice na odpowiedź na odwołanie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie partii prototypowej dwóch wariantów trzewików zimowych po 141 par zgodnie z Załoženiami Taktyczno-Technicznymi (ZTT) do badań użytkowych, na podstawie których będzie wybrany wskazany przez użytkowników jeden wariant trzewików zimowych do dalszych etapów realizacji pracy rozwojowej „Trzewiki zimowe”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów działu VI ustawy Pzp pn. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, iż:

„Zgodnie z art. 405 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 405 ust 7 ustawy prawo zamówień publicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa Zamawiający wykluczy również 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.

Zamawiający odstąpi od uzasadnienia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, na podstawie art. 405 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 art. 405 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych, albo przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa Zamawiającemu.”

W postępowaniu złożono 5 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył wniosek jako „M.M.K. – zarządca przymusowy nad P.W. „DEMAR” M. D.. Działając w imieniu i na rzecz: PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE „DEMAR” M. D.”. Wniosek został podpisany przez ww. zarządcę przymusowego. Do wniosku odwołujący dołączył także wyciąg z postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym z dnia 18.01.2022 r. wydanego przez Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie 8 Wydział do Spraw Wojskowych, z którego treści wynika m.in., że pan M.K. został ustanowiony zarządcą przymusowym nad Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „DEMAR”. Odwołujący złożył też oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą p. M. D..

Pismem z dnia 10.05.2022 r. zamawiający zwrócił się z wnioskiem do Służby Kontrwywiadu Wojskowego o opinię, czy istnieją podstawy wykluczenia w oparciu o m.in. art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w stosunku do wszystkich pięciu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 30.05.2022 r. zamawiający poinformował, że wszyscy wykonawcy złożyli wnioski niepodlegające odrzuceniu na podstawie art. 146 ustawy Pzp i że zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców.

Pismem z dnia 13.07.2022 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania „na podstawie art. 110 ust. 1 w związku z art. 405 ust. 2 pkt. 3 oraz ponieważ przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa Zamawiającemu”. Zamawiający wskazał także: „Zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Wykonawca został uznany za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Zamawiający odstąpił od uzasadnienia na podstawie art. 405 ust. 7 ustawy Pzp”.

W dniu 20.07.2022 r. zamawiający dokonał otwarcia czterech złożonych ofert.

Treść pisma z dnia 29.06.2022 r. skierowanego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego do zamawiającego i zawierającego informacje niejawne o klauzuli „zastrzeżone” dotyczące odwołującego, została udostępniona składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie**

**i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający odniósł się w tym zakresie do stanowiska odwołującego, zgodnie z którym: „Odwołującym (Wykonawcą) w niniejszym postępowaniu nie jest M. D., a Zarządca Przymusowy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DEMAR” M. D.” i zauważył, że argumentacji tej przeczy sposób składania przez odwołującego szeregu dokumentów, np. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez zarządcę przymusowego w imieniu i na rzecz ww. przedsiębiorstwa, informacja z KRK została złożona w zakresie dotyczącym p. M. D., a także w odwołaniu jako odwołujący został wskazany M. D. - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D.. W związku z tym zamawiający zwrócił uwagę na brak spójności pomiędzy ww. argumentacją odwołującego a sposobem określenia go jako podmiotu biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy w postępowaniu odwoławczym i w konsekwencji wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. W trakcie posiedzenia przystępujący, popierający stanowisko zamawiającego, podniósł też kwestię ograniczenia działalności zarządcy przymusowego do kwoty wskazanej w pkt II.a) postanowienia Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie o zabezpieczeniu majątkowym z dnia 18.01.2022 r. i braku wykazania przez odwołującego, że zarządca przymusowy działa w granicach tej kwoty.

Izba stwierdziła, że odwołanie w niniejszej sprawie podpisał pełnomocnik ustanowiony przez zarządcę przymusowego nad Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „DEMAR” M. D. i podzieliła stanowisko odwołującego, zgodnie z którym wobec braku jednoznacznych regulacji prawnych w tym zakresie, należy uznać, że rola zarządcy przymusowego sprowadza się do roli przedstawiciela ustawowego przedsiębiorcy. Powyższe można wywieść z obowiązku zapewnienia przez zarządcę przymusowego ciągłości pracy przedsiębiorstwa wynikającego z art. 292a § 8 kpk, a także z art. 752<sup>5</sup> kpc, zgodnie z którym czynności prawne obowiązanego dotyczące majątku objętego zarządem przymusowym



podjęte po ustanowieniu zarządu są nieważne. W świetle powyższego Izba uznała, że wskazanie jako odwołującego M. D. - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D. i jednocześnie podpisanie tegoż odwołania przez pełnomocnika zarządcy przymusowego, czyni zadość wymogom wniesienia odwołania i nie daje podstaw do stwierdzenia, że wniosek jest podmiot nieuprawniony. Jednocześnie Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym z dnia 18.01.2022 r. zostało przez Prokuratora uchylone. Tym samym, bez względu na wskazane w tym postanowieniu ograniczenia kwotowe, nie ma też podstaw do kwestionowania uprawnienia zarządcy przymusowego do działania w imieniu i na rzecz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DEMAR” M. D., w tym do wniesienia odwołania. Dlatego Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, należy przytoczyć treść przepisów mających zastosowanie w sprawie. Zgodnie z art. 405 ust. 2 pkt 3, ust. 6 i ust. 7 ustawy Pzp:

2. W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę,
- 3) 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;
6. 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.
7. 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.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania przewidziane w przepisach ustawy Pzp mają charakter obligatoryjny lub fakultatywny. Pierwsze z nich zawsze muszą być stosowane przez zamawiającego,

natomiast drugie muszą być stosowane tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidzi to w dokumentach zamówienia. Przy czym podkreślenia wymaga, że przewidzenie fakultatywnej przesłanki wykluczenia w dokumentach zamówienia zobowiązuje zamawiającego do jej zastosowania w przypadku, gdy przesłanka ta ziści się wobec danego wykonawcy. Tym samym, jeżeli fakultatywna przesłanka wykluczenia zostanie przewidziana w dokumentach zamówienia, jej zastosowanie staje się de facto obligatoryjne w stosunku do wykonawcy, wobec którego się ziściła. W przedmiotowej sprawie zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu podstawę wykluczenia z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że w sytuacji ziszczenia się tej przesłanki wobec odwołującego, był zobligowany do jej zastosowania. Argumentacja odwołującego opierająca się na obligatoryjnym charakterze art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 01.01.2021 r. i fakultatywnym charakterze art. 405 ust. 2 pkt 3 aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, nie jest zatem zasadna. Jak wskazano już wyżej, fakultatywność przesłanki wykluczenia dotyczy jedynie braku obowiązku jej przewidzenia w dokumentach zamówienia. Natomiast w sytuacji, gdy zostanie ona już przewidziana, jej stosowanie (o ile zajądą wskazane w niej okoliczności) staje się obowiązkowe.

Przy czym należy zauważyć, że odwołujący znając ogłoszenie o zamówieniu, nie wniósł odwołania na jego treść i tym samym nie zakwestionował w stosownym czasie zamiaru stosowania przez zamawiającego ww. przesłanki wykluczenia.

Odnosząc się do kwestii zastosowania art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D., Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone powyżej w sprawie wniosku o odrzucenie odwołania. Skoro zarządca przymusowy działa podobnie jak przedstawiciel ustawowy, należy przyjąć, że wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest przedsiębiorca, nie zaś zarządca przymusowy działający w jego imieniu i na jego rzecz. Taki stan rzeczy w niniejszym postępowaniu potwierdzają zresztą złożone przez odwołującego dokumenty, w tym choćby informacja z KRK dotycząca osoby p. M. D.. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, zgodnie z którym ustanowienie zarządu przymusowego skutkuje niemożnością zastosowania ww. przepisu wobec wykonawcy M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” M. D..

Przechodząc do okoliczności wykluczenia odwołującego z postępowania, należy zauważyć, że w myśl art. 405 ust. 6 ustawy Pzp 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. Z przepisu tego wynika, że dla zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczające jest, że zamawiający otrzyma od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa informację o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa. Należy także zwrócić uwagę na treść art. 405 ust. 7 ustawy Pzp, który przewiduje podstawę odstąpienia od uzasadnienia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. wtedy, gdy przekazujący nie wskazał zamawiającemu szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa. Z przepisu zatem wynika, że ustawodawca dopuścił także możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy instytucja właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa nie poinformowała zamawiającego szczegółowo o przyczynach braku wiarygodności wykonawcy w związku z zagrożeniem dla obronności lub bezpieczeństwa państwa. Tak skonstruowane przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku weryfikowania informacji uzyskanych od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa, jak też nie przewidują żadnych instrumentów, za pomocą których zamawiający mógłby takiej weryfikacji dokonać. Sam fakt otrzymania informacji w omawianym zakresie od ww. instytucji, obliguje zamawiającego do odpowiedniego zastosowania art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może takiej informacji pominąć ani też traktować jej w sposób niewiążący jako jedno ze stanowisk w sprawie.

Powyższe wynika także z przepisów dyrektywy obronnej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE), w których m.in. wskazano:

- motyw 65 dyrektywy: „Wykluczenie wykonawców powinno być również 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”,

- motyw 67 dyrektywy: „Ponadto żaden przepis niniejszej dyrektywy nie może uniemożliwić instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu wykluczenia wykonawcy na jakimkolwiek etapie procesu udzielania zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiadają informacje, z których wynika, że udzielenie całości lub którejkolwiek z części zamówienia wykonawcy mogłoby wiązać się z zagrożeniem podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego”,

- art. 39 ust. 2 lit. e) dyrektywy: „Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który: na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”.

Przepisy dyrektywy obronnej również nie przewidują zatem obowiązku weryfikowania informacji dotyczących zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa w związku z ubieganiem się danego wykonawcy o zamówienie, jeżeli informacje te pochodzą z chronionego źródła.

W tym miejscu należy także wskazać, że w myśl art. 473 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 513 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie dokonuje oceny prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego, nie zaś innych podmiotów. Tym samym Izba nie jest uprawniona do oceny zasadności informacji przekazywanych zamawiającemu przez instytucję właściwą w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa. Izba może jedynie zbadać, czy zamawiający otrzymał taką informację, czy pochodzi ona od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa i czy dotyczy danego wykonawcy oraz przesłanki jego wykluczenia. Izba nie może natomiast zbadać i ocenić, czy stanowisko wyrażone przez ww. instytucję, jest właściwe.

W przedmiotowej sprawie wykluczenie odwołującego nastąpiło po uzyskaniu przez zamawiającego informacji od Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 29.06.2022 r. (informacja niejawna z nadaną klauzulą „zastrzeżone”). Po zapoznaniu się z treścią ww. informacji, jak też po uwzględnieniu ww. przepisów określających zakres działania zamawiającego oraz Krajowej Izby Odwoławczej, Izba stwierdziła, że wykluczając odwołującego z postępowania, zamawiający nie naruszył art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....