

Sygn. akt: KIO 3148/24

## WYROK

Warszawa, dnia 18 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę EG Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Agencję Uzbrojenia w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę EG Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę EG Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 3148/24

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Agencja Uzbrojenia w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa w trybie przetargu ograniczonego na dostawę amunicji 20 mm do samolotu FA-50 (znak postępowania: AU/62/IX/2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2024 r. pod numerem 259301 – 2024.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. wykonawca EG Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 405 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 405 ust. 6 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu, pomimo iż:

- Odwołujący posiada wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa lub obronności państwa;
- Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału określonych przez Zamawiającego, w tym posiada koncesję na obrót amunicją;
- uzyskana przez Zamawiającego informacja stanowiąca (według Zamawiającego) podstawę do wykluczenia nie stanowi stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub uznania go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Wobec ww. zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w Postępowaniu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 17 września 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w

sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego oraz pismo SKW objęte klauzulą „ZASTRZEŻONE”.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 września 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W sekcji 2.1.6. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

W sekcji 5.1.6. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami art. 110 ust. 1 Ustawy Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 5 czerwca 2024 r. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył m.in. Odwołujący.

Pismem z dnia 11 czerwca 2024 r. Zamawiający wystąpił o weryfikację podmiotową wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w zakresie przesłanki wskazanej w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w ramach kompetencji Służby Kontrwywiadu Wojskowego, tj. okoliczności możliwych do zweryfikowania jedynie przez SKW oraz przedstawienie ewentualnych informacji, które stanowią lub mogłyby stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W dniu 1 sierpnia 2024 r. Zamawiający zaprosił do złożenia oferty Odwołującego. Do zaproszenia dołączono SWZ.

W dniu 16 sierpnia 2024 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo SKW stanowiące dokument niejawnny o klauzuli „ZASTRZEŻONE” dotyczące wykluczenia Odwołującego

z udziału w postępowaniu na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba zapoznała się z treścią przedmiotowego pisma.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 w zw. z ust. 6 ustawy Pzp. Jednocześnie na podstawie art. 405 ust. 7 ustawy Pzp Zamawiający odstąpił od uzasadnienia wykluczenia z udziału w postępowaniu, ponieważ informacje, które Zamawiający otrzymał od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa mają charakter niejawnny oraz ze względu na fakt, że przekazujący je nie wskazał Zamawiającemu szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty naruszenia art. 405 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 405 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutu Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, 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 ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnnych. 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 ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnnych (art. 405 ust. 6 ustawy Pzp). Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Analiza całokształtu okoliczności niniejszej sprawy doprowadziła Izbę do przekonania, iż czynność wykluczenia

Odwołującego z postępowania nie została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy. Izba podzieliła argumentację Zamawiającego zaprezentowaną w toku rozprawy oraz zawartą w odpowiedzi na odwołanie.

Poza sporem było, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawców z postępowania, o której mowa w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym już w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy posiadali wiedzę, jakie warunki muszą spełnić, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał również, iż wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym fakt, iż Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2024 r. zaprosił Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu nie oznacza, że wykluczenie Odwołującego z postępowania nie mogło nastąpić na jego późniejszym etapie, zgodnie z treścią art. 110 ust. 1 ustawy Pzp.

Okolicznością bezsporną między Stronami było nadto, iż wykluczenie Odwołującego nastąpiło w oparciu o informacje pozyskane pismem pochodzącym od Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 16 sierpnia 2024 roku. Pismo zawiera informacje niejawne, objęte klauzulą „ZASTRZEŻONE”. Tym samym decyzja Zamawiającego o wykluczeniu

Odwołującego na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie miała charakteru arbitralnego, dowolnego, ale została oparta o ocenę dokonaną przez właściwą służbę państwową, która wiązała Zamawiającego. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgadza się z linią orzeczniczą prezentowaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 4 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2365/17, wyrok z dnia 19 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 1104/21, wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 2897/21 oraz wyrok z dnia

16 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 590/23) i w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 września 2021 roku (sygn. akt: XXIII Zs 77/21), iż ocena danego wykonawcy w kontekście zaistnienia podstaw wykluczenia z postępowania, dokonana przez właściwą służbę

państwową, stanowi dla zamawiającego wiążącą podstawę do podjęcia czynności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, której zamawiający nie może pominąć. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2022 roku, sygn. akt: KIO 1925/22. Jednocześnie badanie okoliczności, które doprowadziły do takiej a nie innej oceny Odwołującego przez tę Służbę nie leży w kompetencjach Zamawiającego ani Izby.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego jakoby art. 405 ust. 6 przewidywał możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jedynie w sytuacji cofnięcia świadectwa przesyłowego, o którym mowa w art. 66 ustawy o ochronie informacji niejawnych, bądź w sytuacji kiedy toczy się postępowanie w przedmiocie cofnięcia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Odwołujący pomija, iż zgodnie z 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 taką sytuacją mamy niewątpliwie do czynienia w okolicznościach sprawy. Zamawiający otrzymał bowiem bezpośrednio pisemne zawiadomienie od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, dysponującej informacjami w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa.

Oceny Izby nie zmieniło stanowisko Odwołującego, iż Wykonawca posiada przewidziane przez przepisy prawa zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu bronią, w tym stosowną koncesję, czy też braku postępowań, w których Odwołujący, byłby stroną czy przedmiotem, a które dotyczyłyby stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, czy też uznania Odwołującego za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Izba i w tym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego uznając, iż okoliczność, że Wykonawca dysponuje aktualną koncesją umożliwiającą obrót materiałami wybuchowymi oraz określonymi rodzajami broni i amunicji nie stanowi niejako „urzędowego” potwierdzenia przez organ koncesyjny, że działalność Odwołującego nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa lub obronności państwa. Jednocześnie wskazać należy, iż procedura cofnięcia koncesji określona w ustawie 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 (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1743) stanowi odrębny, niezależny od ustawy Pzp i określonej w niej przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 w zw. z ust. 6 weryfikowanej w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia w sytuacji jej przewidzenia w dokumentach zamówienia, tryb postępowania.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie naruszała zarzucanych przepisów ustawy Pzp, wobec czego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....

