Sygn. akt: KIO 1856/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Katarzyna Paprocka

Katarzyna Poprawa

Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę WORKS 11 sp. z o.o. z siedzibą wKatowicach w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Agencję Uzbrojenia w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WORKS 11 sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach izalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę WORKS 11 sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

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:……..

Członkowie: ……..

……...

Sygn. akt: KIO 1856/24

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Agencja Uzbrojenia w Warszawie, zwana dalej: „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *Dostawa amunicji ślepej,* numer referencyjny: AU/261/VI-234/ZO/PO/DOS/ZSS/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21.12.2023 r., numer: 00774560-2023. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 maja 2024 roku wykonawca: WORKS 11 sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie na czynność podjętą przez Zamawiającego a polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji, określonych przez Zamawiającego, mimo iż uzyskana przez Zamawiającego informacja stanowiąca (według Zamawiającego) podstawę do wykluczenia nie stanowi stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub uznania go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 17 maja 2024 roku został poinformowany o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie ujawnił szczegółowej przyczyny wykluczenia, a jedynie powołał się na pismo z dnia 8 maja 2024 r. złożone przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. W ocenie Odwołującego decyzja o wykluczeniu go z postępowania została podjęta bezzasadnie i w sposób sprzeczny z przepisami prawa.

Dalej Odwołujący podnosił, że wskutek utajnienia uzasadnienia faktycznego jego wykluczenia, nie ma możliwości odniesienia się wprost do działań Zamawiającego ani argumentacji Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Jednocześnie wskazał, że nie widzi żadnych podstaw, aby stwierdzić, że jest on podmiotem, który nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa Państwa. Odwołujący wyjaśnił, iż posiada wszelkie wymagane zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie obrotu bronią, w tym koncesję nr B-009/2014 umożliwiającą obrót materiałami wybuchowymi oraz określonymi rodzajami broni i amunicji. Skoro, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych udziela Odwołującemu koncesji na prowadzenie tego rodzaju działalności, to nie sposób uznać, że naruszenie bezpieczeństwa może być związane z Odwołującym jako podmiotem (spółką). Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że posiada certyfikaty Wewnętrznego Systemu Kontroli w zakresie obrotu towarami o znaczeniu strategicznym, AQAP 2110:2016 potwierdzający wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w zakresie projektowania i wytwarzania broni oraz amunicji, a także ISO 9001:2015 w zakresie projektowania i wytwarzania broni i amunicji. Otrzymał również Natowski Kod Podmiotu Gospodarki Narodowej i jest zarejestrowanym dostawcą broni dla NATO. Zdaniem Odwołującego, powyższe potwierdza jego status jako kwalifikowanego i zaufanego dostawcy broni i amunicji, w tym dla wojsk NATO. Jednocześnie posiada wymagane uprawnienia do prowadzenia tego rodzaju działalności.

Następnie Odwołujący wskazywał, że jest doświadczonym dostawcą, który wielokrotnie w systemie zamówień publicznych w sposób należyty wywiązywał się z umów dotyczących dostaw broni i amunicji zawieranych na rzecz różnych Zamawiających. Odwołujący powołał się także na realizację znaczących dostaw na rzecz samego Zamawiającego, który z tego tytułu wystawił na jego rzecz listy referencyjne, tj.:
- list referencyjny z dnia 29 marca 2023 r. potwierdzający zrealizowanie dostaw amunicji na kwotę 92 646 874,98 zł,
- list referencyjny z dnia 30 października 2023 r. potwierdzający zrealizowanie dostaw amunicji o wartości 44 986 916,00 zł.

Odwołujący wskazał, że w czasie dokonywania tych dostaw podlegał weryfikacji, która nie wskazywała na jakiekolwiek wątpliwości dotyczące braku wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa Państwa.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, iż sam fakt zaproszenia go do złożenia oferty, w świetle art. 411 ust. 10 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, iż Odwołujący spełnia wszelkie wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlega odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego, przepis art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, został w tym postępowaniu wykorzystany arbitralnie przez Zamawiającego do odsunięcia Odwołującego z postępowania, nie zaś zgodnie z jego celem i przeznaczeniem do ochrony interesów państwa. Zwrócił też uwagę na konieczność stosowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniach, objętych reżimem zamówień publicznych. Tymczasem, wobec Odwołującego – podmiotu, który posiada wszelkie zezwolenia na prowadzenie tak szczególnej działalności, który jest też przedmiotem stałej oceny i obserwacji odpowiednich służb, a które to służby w żaden sposób nie kwestionują możliwości prowadzenia przezeń działalności - z niewiadomych przyczyn ujawniają się przesłanki mające świadczyć o zagrożeniu bezpieczeństwa państwa w przypadku pozyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący dodał przy tym, że przepis art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazuje wprost na możliwość wykluczenia wykonawcy na tej podstawie jedynie, gdy wykonawca zostanie uznany za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Zdaniem Odwołującego, uznanie takie nie może być rozumiane jako podejrzenie; uznanie, o którym mowa w Pzp jest stwierdzeniem określonego faktu (zgodnie z definicją słownikową terminu "uznać" np. Słownik Języka Polskiego PWN sjp.pwn.pl, Wielki Słownik Języka Polskiego wsjp.pl), a zatem powinno być wyrażone w formie prawomocnej decyzji, wyroku czy postanowienia, a nie w formie przekazanej posiadanej przez organ informacji potencjalnie mogącej stanowić podstawę do wszczęcia postępowania względem wykonawcy. W ocenie Odwołującego, wpłynięcie do Zamawiającego pisma od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa z informacją że "dysponuje ona informacjami", nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż informacja taka nie stanowi ani bezspornego stwierdzenia naruszenia zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa

informacji lub bezpieczeństwa dostaw ani prawnego uznania wykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Odwołujący podkreślił też, że nie istnieje w obrocie prawnym żadna decyzja, wyrok czy postanowienie, jak również nie toczy się w tym zakresie żadne postępowanie, którego Odwołujący, jako wykonawca w rozumieniu Pzp, 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. Jednocześnie Odwołujący cały czas posiada uprawnienia wynikające z prawomocnych i wydanych na jego rzecz decyzji umożliwiających legalne prowadzenie działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa amunicji ślepej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, z zastosowaniem postanowień Działu VI Pzp – Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 22 stycznia 2024 roku.

W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 2.1.2.10. Zamawiający wskazał, że: Zgodnie z zapisami art. 110 ust. 1 Ustawy Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei w pkt 2.1.6. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał m.in. na przepis art. 405 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp jako na podstawę wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

W dniu 23 lutego 2024 roku Zamawiający wysłał do Służby Kontrwywiadu Wojskowego (dalej jako: „SKW") pismo z wnioskiem o weryfikację podmiotową Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w zakresie przesłanek wskazanych w ustawie Pzp – w ramach kompetencji SKW (czyli okoliczności możliwych do zweryfikowania jedynie przez SKW) – oraz o przedstawienie ewentualnych informacji, które stanowią lub mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia tych Wykonawców z postępowania.

W dniu 8 maja 2024 roku Zamawiający otrzymał pismo z SKW, objęte klauzulą „zastrzeżone", informujące, że SKW posiada informacje, które zgodnie z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowią podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W dniu 17 maja 2024 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność wykluczenia z postępowania Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 27 maja 2024 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na pismach 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.

Izba postanowiła oddalić odwołanie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji, określonych przez Zamawiającego, mimo iż uzyskana przez Zamawiającego informacja stanowiąca (według Zamawiającego) podstawę do wykluczenia nie stanowi stwierdzenia naruszenia przez Odwołującego zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub uznania go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

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 art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Stosownie do 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, 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.

Bezsporne jest, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział przesłankę wykluczenia Wykonawców z postępowania, wskazaną w przepisie art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jest to fakultatywna przesłanka wykluczenia z postępowania. Niemniej jednak w przypadku, gdy Zamawiający zdecyduje się na wprowadzenie fakultatywnej przesłanki wykluczenia w dokumentach zamówienia, to tym samym zobowiązuje się do jej zastosowania w przypadku, gdy przesłanka ta ziści się wobec danego Wykonawcy.

Na wstępie Izba zaznacza, 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), przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, 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, a nadto, iż Zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania uzyskanych w ten sposób informacji. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2022 roku, sygn. akt: KIO 1925/22.

Zamawiający dokonał czynności wykluczenia wykonawcy Odwołującego się w oparciu o informacje pozyskane pismem pochodzącym od Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 8 maja 2024 roku. Pismo zawiera informacje niejawne, objęte klauzulą „zastrzeżone". Skład orzekający zapoznał się z treścią tego pisma.

Izba mając na względzie treść przedmiotowego pisma oraz to, że pochodzi ono od właściwej służby państwowej (SKW) i zawiera informacje odnośnie zaistnienia podstaw wykluczenia Odwołującego w oparciu o przepis art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznała, iż nie ma podstaw do twierdzenia, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została podjęta bezzasadnie i w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Jak słusznie wskazał Zamawiający, podjęta przez niego decyzja nie miała charakteru arbitralnego, albowiem została oparta o ocenę dokonaną przez właściwą służbę państwową (SKW). Badanie okoliczności, które doprowadziły do takiej a nie innej oceny Odwołującego przez tą Służbę nie leży w kompetencjach Zamawiającego ani Izby.

Powoływana przez Odwołującego okoliczność, iż pozyskał on referencje od Zamawiającego, dotyczące innych zrealizowanych na jego rzecz zamówień, nie zmienia faktu, iż po tej dacie Zamawiający pozyskał informacje od uprawnionych służb, iż zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego, o których mowa w art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołuje się bowiem na referencje wystawione w 2023 roku, gdy tymczasem pismo SKW, zawierające informacje stanowiące podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania jest datowane na dzień 8 maja 2024 roku. Ponadto, powoływany przez Odwołującego w odwołaniu fakt posiadania wszelkich wymaganych zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie obrotu bronią, certyfikatów, czy braku postępowań, którego Odwołujący, jako wykonawca w rozumieniu Pzp, 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, nie niweluje istnienia podstaw wykluczenia wynikających z przedmiotowego pisma.

Należy też przywołać dyspozycję art. 405 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Skoro ziściły się przesłanki, o których mowa w powołanym przepisie, to nie sposób czynić zarzutu Zamawiającemu odnośnie braku przedstawienia uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego.

Ze względu na przywołane okoliczności Izba postanowiła oddalić odwołanie.

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).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

Wobec powyższego Izba zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 uiszczoną przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..

Członkowie: ……..

……...