

Sygn. akt: KIO 3269/23

WYROK
z dnia 7 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Aleksandra Kot
Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **WORKS 11 Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, ul. Rakowiecka 2A, 00-993 Warszawa,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: WORKS 11 Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: WORKS 11 Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3269/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Zakup i dostawa amunicji do broni strzeleckiej oraz granatów hukowo – błyskowych” (nr sprawy 16/ZP/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00397439/01 z dnia 14 września 2023 r.

W dniu 27 października 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy WORKS 11 Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz o unieważnieniu postępowania w części II zamówienia.

Wykonawca WORKS 11 Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie wobec:

- 1) wadliwego przeprowadzenia przez Zamawiającego ponownej czynności badania i oceny ofert w części II postępowania,
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego w części II postępowania,
- 3) nieuwąwnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w części II postępowania,
- 4) unieważnienia postępowania w części II na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że wskazane czynności i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do naruszenia przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 16) Pzp, poprzez bezzasadne założenie, że przyjęcie oferty Odwołującego naruszyłoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) art. 253 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji kiedy jego ujawnienie nie było sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- 1) ujawnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w części II zamówienia,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części II zamówienia,
- 3) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części II,

- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach części II zamówienia,
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego w części II zamówienia, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, według norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w części II zamówienia, która pierwotnie została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednakże nieprawidłowa ocena oferty złożonej przez Odwołującego skutkująca jej odrzuceniem, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, ponieważ kolejna oferta przekraczała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, narażają Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania zamówienia publicznego, na które mógł liczyć. Oferta Odwołującego, gdyby nie została odrzucona byłaby ofertą najkorzystniejszą i mieszczącą się w budżecie Zamawiającego.

Postępowanie zostało podzielone na cztery części, a Odwołujący złożył – jako jeden z dwóch wykonawców – ofertę w zakresie części II, dotyczącej zamówienia granatu dwu-hukowo-błyskowego typu NICO lub równoważnego w ilości 50 sztuk. Zamawiający w dniu 6 października 2023 r. poinformował o wyborze oferty Odwołującego w części II jako najkorzystniejszej. Następnie 27 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II oraz dokonaniu ponownego badania ofert, po którym odrzucono ofertę Odwołującego, ze względu na to, że jej przyjęcie rzekomo miałoby naruszać bezpieczeństwo publiczne lub inny istotny interes państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Jednocześnie Zamawiający poinformował o tym, że nie ujawni uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty na podstawie art. 253 ust. 3 Pzp oraz o unieważnieniu postępowania, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty po odrzuceniu oferty Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wskutek utajnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący nie ma możliwości odniesienia się wprost do działań Zamawiającego. Jednakże, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw, aby stwierdzić, że przyjęcie oferty Odwołującego mogłoby w jakimkolwiek stopniu wpłynąć na bezpieczeństwo publiczne lub naruszyć istotny interes państwa.

Odwołujący podkreślił, że posiada wszelkie wymagane zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie obrotu bronią, przede wszystkim koncesję nr B-009/2014 umożliwiającą obrót materiałami wybuchowymi oraz określonymi rodzajami broni i amunicji. Odwołujący posiada certyfikaty Wewnętrzny 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. Odwołujący otrzymał Natowski Kod Podmiotu Gospodarki Narodowej i jest zarejestrowanym dostawcą broni dla NATO, w ramach NASPA (NATO Support and Procurement Agency). Powyższe potwierdza status Odwołującego, jako kwalifikowanego i zaufanego dostawcy broni i amunicji, w tym dla wojsk NATO. Jednocześnie Odwołujący posiada wymagane uprawnienia do prowadzenia tego rodzaju działalności.

Odwołujący wyjaśnił, że jest doświadczonym dostawcą, który wielokrotnie w systemie zamówień publicznych w sposób należyty wywiązywał się z umów dotyczących dostawy broni i amunicji zawieranych na rzecz różnych zamawiających. Stąd uprzedzenie Zamawiającego do Odwołującego wydaje się być niczym nieuzasadnione.

Ponadto, postępowanie jest prowadzone w ramach procedury otwartej w trybie podstawowym, w którym wszyscy zainteresowani mogli składać oferty i uzyskać dostęp do dokumentów zamówienia. Odwołujący spełnia wymagania stawiane wykonawcom w SWZ. Odwołujący podkreślił, że prowadzone postępowanie nie jest zamówieniem w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności w rozumieniu Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 50 sztuk granatów hukowo-błyskowych określonego typu. Są to wyroby o ściśle określonych parametrach i jakości. Odwołujący nie ma możliwości zaingerowania w przedmiot zamówienia w ten sposób, że mogłoby to wywołać zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego lub naruszyć interes bezpieczeństwa państwa. Granaty hukowo-błyskowe służą do chwilowego obezwładnienia przeciwnika oślepiającym błyskiem i głośnym hukem, bez zadawania mu poważniejszych obrażeń. Trudno poważnie twierdzić, że 50 sztuk takich granatów o wartości 24 846,00 zł mogłoby wpłynąć w jakikolwiek sposób na bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa. Sama wartość tej części zamówienia zdaje się wykluczać twierdzenia o istotnym interesie bezpieczeństwa państwa.

Z drugiej strony, w ramach realizacji zamówienia Odwołujący nie uzyskuje żadnych informacji, które mogłyby zostać wykorzystane w celu naruszenia bezpieczeństwa publicznego lub interesu bezpieczeństwa państwa. Rolą Odwołującego jest bowiem dostarczenie ściśle zdefiniowanego produktu, opisanego w dokumentach zamówienia dostępnych dla wszystkich zainteresowanych, na warunkach określonych w umowie, której projekt stanowi załącznik do SWZ. Zachowując wszelkie proporcje wynikające ze specyfiki zamówienia, przedmiot zamówienia w zakresie części II i okoliczności wykonania zamówienia nie odbiegają od dostawy innych towarów. Nie sposób zatem uznać, że dostawa 50 sztuk granatów hukowo-błyskowych o wartości niespełna 25 000,00 zł może naruszyć bezpieczeństwo publiczne lub

istotny interes bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 16 czerwca 2022 r. w sprawie KIO 1210/22, zgodnie z którym *warunkiem zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty, jest ustalenie, że jest to jedyny sposób zabezpieczenia. Przesłanka ma wyjątkowy charakter i odnosi się do niezdefiniowanych w PrZamPubl pojęć bezpieczeństwa publicznego i bezpieczeństwa państwa. Ich interpretacja musi następować jednak przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Odrzucenie powinno nastąpić tylko i wyłącznie, gdy w przypadku przyjęcia oferty doszłoby do naruszenia i sytuacja taka ma charakter nieuchronny (nie można jej w żaden inny sposób zaradzić).* Regulacja art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp powinna być stosowana wyjątkowo i powściągliwie przez Zamawiającego. W analizowanej sytuacji nie sposób przyjąć by odrzucenie oferty mogło być jedynym sposobem zapewnienia bezpieczeństwa publicznego i bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący powołał także opinię Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącą rozumienia pojęć bezpieczeństwa państwa i bezpieczeństwa publicznego, w której wskazano, że skoro sama ustawa nie dokonuje rozróżnienia rodzaju bezpieczeństwa, należy przyjąć, iż w pojęciu istotnego interesu bezpieczeństwa państwa chodzi zarówno o bezpieczeństwo wewnętrzne, jak i zewnętrzne państwa. Zatem, zdaniem UZP, z zamówieniem dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia w szczególności, gdy dotyczy ono takich wartości, jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa (Opinia wydana przez UZP z 7.12.2015 r. nt. „Wyłączenie ustawy przy zamówieniach na uzbrojenie, objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa”).

Na gruncie prawa unijnego, pojęcie bezpieczeństwa publicznego odnosi się do wewnętrznego bezpieczeństwa państwa członkowskiego oraz jego bezpieczeństwa zewnętrznego, a także sytuacji zagrożenia dla funkcjonowania głównych instytucji i służb publicznych oraz życia ludności lub ryzyka poważnego zakłócenia stosunków zagranicznych lub pokojowego współistnienia narodów bądź zagrożenie interesów wojskowych (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie C-145/09, Land Baden-Württemberg v. Panagiotis Tsakouridis).

Dostawa 50 sztuk granatów hukowo-błyskowych nie może w żaden sposób wpłynąć na suwerenność, pozycję międzynarodową, niepodległość, nienaruszalność terytorium lub obronność państwa, a także stanowić zagrożenia dla funkcjonowania głównych instytucji i służb oraz życia ludności lub zagrożenia stosunków zagranicznych. Sam przedmiot zamówienia i jego wartość wykluczają możliwość naruszenia bezpieczeństwa państwa i bezpieczeństwa publicznego, a dokonana przez Zamawiającego czynność stanowi nadużycie i naruszenie przepisów Pzp.

Zamawiający nie dokonując ujawnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego postąpił wbrew generalnej zasadzie wynikającej z art. 18 Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, co stanowi emanację art. 61 Konstytucji RP, zgodnie z którym obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Powyższa zasada koresponduje z wynikającą z art. 16 Pzp zasadą przejrzystości postępowania. Wydatkowanie środków publicznych oraz działalność podmiotów publicznych powinna odbywać się w sposób jawny dla ogółu społeczeństwa, co stanowi właściwy sposób kontroli i oceny działalności podmiotów publicznych. Z drugiej strony ma ona istotne znaczenie dla wykonawców, którzy w odniesieniu do dostępnych informacji podejmują swoje działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zapewnia im możliwość ochrony ich praw oraz równą i uczciwą konkurencję.

W odniesieniu do możliwości skorzystania z utajnienia uzasadnienia na podstawie art. 253 ust. 3 Pzp podkreśla się wyjątkowość regulacji i konieczność bardzo ostrożnego korzystania z niej (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022).

W niniejszej sprawie Zamawiający utajniając informację ograniczył prawo Odwołującego do należytej ochrony jego praw w postępowaniu uniemożliwiając odniesienie się do stanowiska Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty. Zamawiający nie wykazał, że ujawnienie informacji będzie pozostawało w sprzeczności z interesem publicznym, a tym bardziej z ważnym interesem publicznym.

Odwołujący, podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty, wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty na dostawę 50 granatów hukowo-błyskowych za kwotę niespełna 25 000,00 zł nie może wiązać się z naruszeniem jakiegokolwiek interesu publicznego. W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego może być traktowane jako utrudnianie uzyskania zamówienia publicznego, a uzasadnienie, które miało zostać utajnione faktycznie nie istnieje, ponieważ brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego uczyni bezzasadnym unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, a zatem ta czynność również powinna zostać unieważniona, po czym Zamawiający powinien ponownie przystąpić do badania i oceny oferty, w ramach której dokona wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający, pismem z dnia 17 listopada 2023 r., złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. odpowiedź na odwołanie. Stosownie do treści art. 553 Pzp, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, albowiem zarówno zarzuty odwołania, jak i przywołana na ich poparcie argumentacja, nie znajdują uzasadnienia w niniejszej sprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku Odwołującego o rozpoznanie odwołania na

rozprawie z wyłączeniem jawności, zawartego w piśmie Odwołującego z 14 listopada 2023 r.

W dniu 22.09.2023 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w części II zamówienia - zostały złożone dwie oferty, w tym oferta Odwołującego. W toku badania ofert w dniu 28.09.2023 r., zgodnie z dyspozycją art. 81 ust. 1 Pzp przesłano do Prezesa UZP informację o złożonych ofertach. W tym samym dniu, działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, komisja wystąpiła do wykonawcy Works 11 Sp. z o.o. o dokumenty podmiotowe (tj. aktualne koncesje). Komisja uznała, że dokumenty złożone przez wykonawcę potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W dniu 06.10.23 r. komisja dokonała wyboru najkorzystniejszych ofert w części II zamówienia — Works 11 Sp. z o.o. W tym samym dniu przesłano zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty do wykonawców oraz umieszczono na Platformie zakupowej Zamawiającego.

Następnie, odnośnie firmy Works 11 Sp. z o.o. w pismach o charakterze niejawnym, zostały przekazane komisji informacje wskazujące na zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp. W dniu 26.10.2023 r. komisja zawnioskowała o unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Works 11 Sp. z o.o. w części II zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy.

Po zatwierdzeniu zaproponowanych wyżej czynności komisja 27.10.2023 r., w wyniku ponownego badania oferty firmy Works 11 Sp. z o.o. stwierdziła, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp, gdyż jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Jednocześnie komisja stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu będzie miał zastosowanie art. 253 ust. 3 Pzp, tj. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym — zamawiający w zawiadomieniu do wykonawców i na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie ujawnia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Ponadto, komisja zawnioskowała o unieważnienie postępowania w części II na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 27.10.2023 r. poinformowano wykonawców, którzy złożyli oferty w części II o unieważnieniu czynności wyboru oferty firmy Works 11 Sp. z o.o., o ponownym badaniu oferty, odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zgodnie z art. 253 ust. 3 Pzp, Zamawiający w zawiadomieniu do wykonawców i na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie ujawnił uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Ponadto, poinformowano o unieważnieniu postępowania w części II na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, zaskarżone czynności w prowadzonym postępowaniu odpowiadają prawu, a toczące się w niniejszej sprawie postępowanie prowadzone było w sposób rzetelny, wnikliwy i zgodny z obowiązującymi przepisami, co powoduje, iż nie można uznać, że zostało obciążone wadami uzasadniającymi uwzględnienie odwołania.

Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp jest ustalenie, iż jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Przywołał art. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2023 r. poz. 1136 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o ABW oraz AW”, zgodnie z treścią którego, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest centralnym organem państwa właściwym w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego. Do zadań ustawowych ABW należy w szczególności rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa oraz ściganie ich sprawców (art. 5 ustawy o ABW oraz AW).

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołania sprowadzają się przede wszystkim do próby zakwestionowania objęcia przez ABW stosowną klauzulą niejawności, na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742, z późn. zm.), informacji stanowiących podstawę do uznania przez Zamawiającego, iż przyjęcie oferty Odwołującego naruszyłoby interes bezpieczeństwa państwa. W ocenie organu, możliwość a wręcz obowiązek nieujawniania informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1 Pzp w przypadku, gdy mamy do czynienia z informacjami niejawnymi, o których mowa w ustawie o.i.n. nie powinien budzić wątpliwości. Z takimi informacjami mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia - w toku postępowania komisja przetargowa uzyskała informacje niejawne z innych jednostek organizacyjnych ABW wskazujące, iż wybór oferty ww. wykonawcy mógłby naruszyć istotny interes bezpieczeństwa państwa.

Zamawiający podkreślił, że nie ujawniając informacji z postępowania, o których mowa w art. 253 ust. 1 Pzp, na podstawie ust. 3 tego przepisu Zamawiający działał zgodnie z prawem. Art. 253 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z ust. 3 tego przepisu stanowi, iż zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, tj.: informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

Zamawiający uznał, że materiał dowodowy zawiera informacje spełniające kryterium objęcia ich ochroną na

podstawie przepisów ustawy o.i.n. Dodatkowo, Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 253 ust. 3 Pzp, mógł odstąpić od uzasadnienia faktycznego i prawnego. Biorąc pod uwagę treść ww. przepisów, Zamawiający odstąpił od ujawnienia informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego, materiał dowodowy zebrany przez organ zawiera bowiem informacje klauzulowane, do ochrony których zobowiązana jest każda osoba, której informacje te przekazano. Ich ujawnienie w toku postępowania stanowiłoby naruszenie prawa. W celu zapewnienia pełnej ochrony informacji niejawnych, informacje niejawne, którym nadano określoną klauzulę tajności m.in. mogą być udostępnione wyłącznie osobie uprawnionej, zgodnie z przepisami ustawy dotyczącymi dostępu do określonej klauzuli tajności.

Zasady klasyfikowania informacji niejawnych czy ich udostępniania regulują przepisy ustawy o.i.n. Art. 5 ust. 3 ustawy o.i.n. stanowi, że informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej. Stosownie natomiast do art. 6 ust. 1 tej ustawy, klauzulę tajności nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału. Informacje niejawne podlegają ochronie w sposób określony w ustawie do czasu zniesienia lub zmiany klauzuli tajności na zasadach określonych w ust. 3, z zastrzeżeniem ust. 6. Osoba, o której mowa w ust. 1, może określić datę lub wydarzenie, po których nastąpi zniesienie lub zmiana klauzuli tajności (art. 6 ust. 2 ustawy o i.i.n.). Zniesienie zaś lub zmiana klauzuli tajności są możliwe wyłącznie po wyrażeniu pisemnej zgody przez osobę, o której mowa w ust. 1, albo jej przełożonego w przypadku ustania lub zmiany ustawowych przesłanek ochrony, o których mowa w art. 5, z zastrzeżeniem ust. 5, o czym stanowi art. 6 ust. 3 ustawy o.i.n.

Zamawiający ustalił, że analiza posiadanego materiału dowodowego wykazała, że zawarte w nim informacje, w ocenie Szefa ABW, wskazują, iż przyjęcie oferty Odwołującego naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób, co odpowiada przesłance, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 16 Pzp. Zamawiający wskazał, że został zebrany wystarczający do wydania rozstrzygnięcia materiał dowodowy, dokonano jego oceny w sposób wszechstronny i wnikliwy, a następnie prawidłowo dokonano subsumpcji norm art. 226 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 253 ust. 3 Pzp do ustalonego stanu faktycznego.

Zamawiający podkreślił, że nie kwestionował posiadania uprawnień przez Odwołującego oraz wskazanego przez niego doświadczenia, co czyni ww. argument nietrafnym. Dokumentacja przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawierająca informacje niejawne oraz niniejsza odpowiedź zostały przekazane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, celem oceny kontroli legalności podjętych czynności przez Zamawiającego oraz zapewnienia gwarancji ochrony praw Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Zamawiającego, w prowadzonym postępowaniu nie doszło do naruszenia prawa.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o rozpoznanie odwołania na rozprawie z wyłączeniem jawności, zawartego w piśmie z dnia 14 listopada 2023 r., Zamawiający wskazał, że zgodnie treścią z art. 546 ust. 1 Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie na posadzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna. Wyjątek od tej reguły — na który powołuje się Odwołujący — stanowi natomiast, że Izba może postanowić o rozpoznaniu odwołania na rozprawie także gdy przy odwołaniu może być ujawniona informacja niejawna, jednakże wyłącznie pod warunkiem, że przemawia za tym ważny interes strony (art. 546 ust. 2 ustawy Pzp). Użyty przez ustawodawcę wyraz „może” przesądza, że Izba w żadnej sytuacji nie jest zobligowana do rozpoznawania sprawy na rozprawie, gdy przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna. Analogiczne konsekwencje niesie ze sobą użycie tego wyrazu w art. 546 ust. 1 Pzp.

W opinii Zamawiającego, w niniejszej sprawie dokonanie przez Izbę weryfikacji czynności objętych odwołaniem nie będzie mogło mieć miejsca inaczej niż w świetle informacji zawartych w dokumentach niejawnym. Treść tych dokumentów stanowiła bowiem podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji - unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zapoznanie się z informacjami niejawnymi w toku postępowania odwoławczego przed Izbą jest więc nieodzowne.

Ustawa Pzp nie precyzuje co należy rozumieć pod pojęciem „ważnego interesu strony przemawiającego za zasadnością rozpoznania odwołania na rozprawie” w sytuacji, gdy rozpoznanie to może wiązać się z ujawnieniem informacji niejawnych. Oceny tej należy zatem dokonywać indywidualnie, biorąc za podstawę okoliczności konkretnego przypadku. W ocenie Zamawiającego, w niniejszej sprawie nie zachodzi przesłanka ważnego interesu strony w rozpoznaniu odwołania na rozprawie, o którym mowa w art. 546 ust. 2 Pzp. Z obiektywnych przyczyn Odwołujący nie może mieć bowiem takiego interesu, ponieważ wspomniany przepis nie narusza rygoru i obowiązków wynikających z ustawy o.i.n, a w szczególności z art. 4 ust. 1 tej ustawy, który stanowi, że informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękopię zachowania tajemnicy, i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. Wziąwszy zatem pod uwagę,

że istotą rozprawy jest koncentracja materiału dowodowego, a ponadto, że w niniejszej sprawie ogranicza się on jedynie do dokumentów, w tym zwłaszcza do dokumentów niejawnych, które zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o.i.n. nie mogą być Odwołującemu udostępnione, nie jest możliwe zastosowanie art. 546 ust. 2 Pzp. Innymi słowy, Odwołujący nie legitymuje się ważnym interesem przemawiającym za rozpoznaniem sprawy na rozprawie, ponieważ przy jego udziale, jak również przy udziale pełnomocnika, nie mogłaby zostać przeprowadzona żadna nowa istotna czynność. Umożliwienie zaś ponownego przytoczenia dotychczasowych twierdzeń nie stanowi ważnego interesu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowej sprawie przesłanki uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania zostały spełnione.

W niniejszej sprawie Izba rozpoznała odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w trybie określonym w art. 546 ust. 1 Pzp, biorąc pod uwagę, że przy rozpoznaniu sprawy mogłyby być ujawnione informacje niejawne. Zamawiający złożył bowiem do akt sprawy pismo z dnia 17 listopada 2023 r. o sygn. 6-PF-16376/2023 zawierające informacje niejawne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742, z późn. zm.). Zgodnie z zasadą wynikającą z art. 546 ust. 1 Pzp Izba ma obowiązek rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna. W niniejszej sprawie Izba rozpoznała odwołanie na posiedzeniu niejawnym biorąc pod uwagę, że przy rozpoznaniu sprawy mogłyby być ujawnione informacje niejawne, zawarte w dokumentacji niejawnej, zawierającej informacje, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, co skutkowało następnie unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 27 października 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców, w tym Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II zamówienia z dnia 6 października 2023 r. oraz o dokonaniu ponownego badania ofert, w wyniku którego oferta Odwołującego została odrzucona oraz w konsekwencji o unieważnieniu postępowania w części II zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zamawiający pismem z dnia 27 października 2023 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16) Pzp, gdyż jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub inny istotny interes państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że nie ujawnia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, działając na podstawie art. 253 ust. 3 Pzp. W Protokole nr 4 z posiedzenia komisji przetargowej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 października 2023 r. wskazano, że „*Na posiedzeniu członkowie komisji omówili informacje uzyskane od przedstawicieli Departamentu VI ABW, dotyczące firmy Works 11 Sp. z o.o. ul. Porcelanowa 51, 40 -246 Katowice*” W Protokole nr 5 z posiedzenia komisji przetargowej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 27 października 2023 r. wskazano, że „*W wyniku powtórzenia czynności badania oferty, w związku z informacjami przekazanymi przez przedstawicieli Departamentu VI ABW, komisja stwierdziła, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16) uPzp.*” Zamawiający złożył szczegółowe wyjaśnienie pismem z dnia 17 listopada 2023 r. o sygn. 6-PF-16376/2023. Pismo powyższe zawiera informacje niejawne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742, z późn. zm.) w związku z czym dokumentowi temu nadano klauzulę tajności. Zamawiający zastrzegł, że powyższe informacje, jako niejawne w rozumieniu przepisów ww. ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych nie mogą podlegać udostępnieniu Odwołującemu.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 253 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 Pzp, poprzez brak ujawnienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji kiedy jego ujawnienie nie było sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

Zgodnie z art. 253 ust. 3 Pzp, tj. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym - zamawiający w zawiadomieniu do wykonawców i na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie ujawnia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty.

W toku prowadzonego postępowania odnośnie wykonawcy - Odwołującego - zostały powzięte przez Zamawiającego informacje niejawne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji

niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742, z późn. zm.). wskazujące na zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp. Ochrona informacji niejawnych w świetle ww. ustawy, stanowi ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 253 ust. 3 Pzp.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający był uprawniony do nieujawnienia szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego oraz podstawę faktyczną w zakresie, w jakim informacje te nie stanowiły informacji niejawnych. Informacje niejawne podlegają bowiem ochronie, w sposób określony w ww. ustawie o ochronie informacji niejawnych, do czasu zniesienia lub zmiany klauzuli tajności.

Powyższe działanie Zamawiającego nie narusza generalnej zasady jawności postępowania wynikającej z art. 18 Pzp, w odniesieniu do której ustawa Pzp dopuszcza wyjątki. W konsekwencji, powyższe działanie Zamawiającego, jako oparte na przepisie szczególnym ustawy Pzp, nie narusza lub zasady przejrzystości postępowania wynikającej z art. 16 pkt 2 Pzp.

Izba zważyła, że nie jest możliwe ujawnienie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w ramach części II zamówienia, z uwagi na fakt, że informacje te stanowią informacje niejawne w rozumieniu ww. ustawy o ochronie informacji niejawnych, a tym samym zachodzi sprzeczność ujawnienia informacji z ważnym interesem publicznym. W ocenie Izby, obowiązek nieujawniania informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1 Pzp w przypadku, gdy informacje te stanowią informacje niejawne, nie budzi wątpliwości. Materiał dowodowy zebrany przez Zamawiającego zawiera informacje niejawne, którym nadano stosowną klauzulę, których nieuprawnione ujawnienie stanowiłoby naruszenie prawa oraz spowodowałoby szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 16) Pzp, poprzez bezzasadne założenie, że przyjęcie oferty Odwołującego naruszyłoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego w części II zamówienia,

Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp jest ustalenie przez Zamawiającego, iż przyjęcie oferty Odwołującego naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Regulacja zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp określa przesłankę odrzucenia oferty o charakterze wyjątkowym, która odnosi się do niezdefiniowanych w ustawie Pzp pojęć bezpieczeństwa publicznego i bezpieczeństwa państwa. Izba w pełni podziela stanowisko, że przesłanka powyższa powinna być stosowana wyjątkowo.

Izba ustaliła, że podstawą odrzucenia oferty były informacje, które Zamawiający powziął jako informacje niejawne w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych. W niniejszej sprawie ustalony stan faktyczny wskazuje, że mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, w której informacje stanowiące podstawę odrzucenia oferty stanowią informacje niejawne w rozumieniu ww. ustawy o ochronie informacji niejawnych, wskazujące na zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp. Informacje powyższe zostały pozyskane przez Zamawiającego w ramach wykonywania ustawowych zadań określonych w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2023 r. poz. 1136 z późn. zm.).

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....