Sygn. akt: KIO 590/23, KIO 594/23

WYROK
z dnia 16 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Członkowie: Krzysztof Sroczyński
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 marca 2023 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach **3 i 5 marca 2023 roku** przez wykonawców:

1)**AIR-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie (Odwołujący) – KIO 590/23**

2)**Glomex MS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotnikach (Odwołujący 1) – KIO 594/23**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

1)**AviTec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

w sprawach KIO 590/23, KIO 594/23;

2)**AIR-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie**,zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego 1** w sprawie KIO 594/23

orzeka:

I.KIO 590/23

Oddala odwołanie w sprawie KIO 590/23;

Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - AIR-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie,** w następujący sposób**:**

a.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - AIR-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie** tytułem wpisu od odwołania,

II.KIO 594/23

Uwzględnia w części odwołanie w sprawie KIO 594/23 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie, powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, w tym wezwanie Przystępującego AviTec do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana V.M. do składania oświadczeń imieniu podmiotu MarS a.s. z siedzibą w Czechach i poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem;

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego 1 - Glomex MS Polska Spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotnikach i Zamawiającego – Agencję Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie,** w następujący sposób**:**

a.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego 1 - Glomex MS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotnikach** tytułem wpisu od odwołania,

Zasądza od **Zamawiającego – Agencji Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Odwołującego 1 - Glomex MS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Złotnikach -** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześciu tysięcy dwustu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem części kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……..
……...

Sygn. akt KIO 590/23, KIO 594/23

UZASADNIENIE

sygn. akt KIO 590/23

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Agencja Uzbrojenia z siedzibą
w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa podstawowego spadochronu desantowego" (AU114111X-851Z01POIDOSIZ12022). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. U. UE.: 2022/S 204-583155 z dnia 21 października 2022 r.

Dnia 3 marca 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,
na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt a ustawy z dnia 1 1 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych Dz.U.2022.1710 t.j.) zwanej dalej „PZP", odwołanie złożył Wykonawca AIR-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. 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;
2. art. 18 PZP w zw. z art 16 pkt 2) PZP — poprzez naruszenie zasady jawności
i transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez odmowę ujawnienia dokumentu przekazanego Zamawiającemu przez instytucję właściwą w sprawie ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, a który to dokument stanowił dla Zamawiającego podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wnosił o:
1.uwzględnienie odwołania w całości,
2.unieważnienie czynności Zamawiającego - wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wykluczenie Odwołującego zostało dokonane z naruszeniem przepisów PZP, tym samym uniemożliwiając Odwołującemu uzyskanie zamówienia, w szczególności że Odwołujący złożył ważny
i niepodlegający odrzuceniu wniosek o dopuszczenie i posiada zarówno kompetencje formalne, jak i merytoryczne do wykonania dostawy będące przedmiotem zamówienia. Tym samym Odwołujący, w przypadku nie podjęcia środków ochrony prawnej, poniesie szkodę
w postaci braku uzyskania zamówienia oraz braku możliwości osiągnięcia zakładanych korzyści tak finansowych (zysku), jak i biznesowych (doświadczenie i referencje).

Informacja o dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego została doręczona pismem z dnia 22 lutego 2023 r., przesłanym pocztą elektroniczną (email). Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu
a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że Zamawiający wszczął postępowanie poprzez publikację w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu
(w procedurze ograniczonej przyspieszonej), określające kryteria kwalifikacji wykonawców do etapu składania i oceny ofert. W ogłoszeniu (sekcja VI.3 pkt 1 5) Zamawiający zastrzegł, że
„W przypadku otrzymania przez Zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji

o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych - Wykonawca zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 Ustawy."

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do postępowaniu z zachowaniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego.

Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazując, że otrzymał stosowne zawiadomienie od właściwej instytucji dotyczące Odwołującego.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o wgląd do protokołu postępowania, w tym powyższego zawiadomienia właściwej instytucji, wskazując przy tym, że z dokumentem tym zapozna się osoba posiadające stosowne poświadczenie bezpieczeństwa w rozumieniu ustawy
z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.2019.742 t.j.).
W odpowiedzi na wniosek, Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do dokumentu, wskazując, że dokument ten ma charakter niejawny, jak również zastrzeżono, że nie wyraża się zgody na przekazanie Odwołującemu treści przekazanej nim informacji.

Zarzut nr 1

Odwołujący podkreślił, że złożył w najlepszej wierze wszelkie oświadczenia
i dokumenty potwierdzające, że spełnia on wszelkie warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, w tym przede wszystkim Odwołujący wykazał poprzez podmiotowe środki dowodowe, że:
a.posiada siedzibę na terytorium Unii Europejskiej;
b.posiada ważną i aktualną koncesję wydaną na podstawie ustawy z 1 3 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U.2022.268 t.j. ze zm.) w zakresie wytwarzania i obrotu lub obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w części IV Rodzaje wyrobów i technologii o przeznaczenie wojskowym lub policyjnym załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U.2019.1888). W zakresie określonym w WT V ust.7 poz. 2. Odwołujący nie posiada również wiedzy, by w związku z koncesją Odwołującego prowadzone było przez organ właściwy jakiekolwiek postępowanie;
c.Odwołujący wykazał również odpowiednimi dokumentami z banku, że posiada wymaganą zdolność finansową;
d.Odwołujący przedstawił również wraz z wnioskiem wykaz wykonanych dostaw spadochronów desantowych lub ratowniczych, przy czym część pozycji wykazu chociaż nie potwierdza wymaganej przez Zamawiającego wartości dostawy, to wskazuje na bogate doświadczenie Odwołującego w realizacji dostaw tego typu na dużą skalę, również realizowanych dla Zamawiającego w poprzednich latach. Odwołujący do każdej pozycji wykazu przedstawił również stosowne listy referencyjne potwierdzające należyte wykonanie każdej z dostaw — potwierdzając tym samym spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, że znana jest mu treść oraz konstrukcja przepisu art. 405 ust. 2 pkt 3) PZP - tj. ograniczona możliwość weryfikacji stanowiska przedłożonego Zamawiającemu przez odpowiednie instytucje. Niemniej - w ocenie Odwołującego - przepis ten został w postępowaniu wykorzystany arbitralnie do odsunięcia Odwołującego z postępowania, nie zaś (zgodnie z jego celem i przeznaczeniem) do ochrony interesów państwa. Z jakiegoś powodu ustawodawca (tak krajowy, jak i unijny) zdecydował się na objęcie zamówień w dziadzienie obronności i bezpieczeństwa reżimem PZP. Tak też, do tego rodzaju zamówień (pomimo zapewnienia zamawiającym szeregu uprawnień nieznanych zamówieniom klasycznym lub sektorowym) stosować się powinno m. in. podstawowe zasady PZP — w tym przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Natomiast w postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której wobec podmiotu posiadającego wszelkie zezwolenia na prowadzenie tak szczególnej działalności, który to podmiot jest przedmiotem stałej oceny i obserwacji odpowiednich służb (które to służby w żaden sposób nie kwestionują możliwości prowadzenia przezeń tak szczególnej działalności), z niewiadomych przyczyn ujawniają się przesłanki mające świadczyć
o zagrożeniu bezpieczeństwa państwa w przypadku pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, 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. Odwołujący podkreślił, że uznanie takie nie może być rozumiane jako podejrzenie; uznanie, o którym mowa w PZP jest stwierdzeniem określonego faktu (zgodnie z definicją słownikową terminu „uznać"), a zatem powinno być wyrażone w formie decyzji, wyroku czy postanowienia (i to raczej ostatecznych), a nie w formie przekazanej posiadanej przez organ informacji potencjalnie mogącej stanowić podstawę do wszczęcia

postępowania względem wykonawcy. Odwołujący podał, że 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, że nie istnieje w obrocie prawnym żadna decyzja, wyrok czy postanowienie, ale również nie toczy się w tym zakresie żadne postępowanie, którego Odwołujący, jako wykonawca w rozumieniu PZP byłby stroną czy przedmiotem, 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.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że od roku 2020 Odwołujący znajduje się w wykazie przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym i uczestniczy
w planowaniu mobilizacyjnym dla Sił Zbrojnych RP. Co istotne, Odwołujący podlega bieżącej ochronie kontrwywiadowczej sprawowanej przez SKW, natomiast proces produkcji i odbiór sprzętu jest nadzorowany przez stałą obecność przedstawicieli wojska (Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe). Gdyby zatem rzeczywiście Odwołujący stwarzał jakiekolwiek zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, to niewątpliwie zostałyby względem niego podjęte oficjalne działania zmierzające do ograniczenia jego działalności, nie tylko poprzez uniemożliwienie uczestnictwa w konkretnych postępowaniach przetargowych, ale w całym zakresie jego działalności. Odwołujący natomiast nie ma wiedzy, by jakiekolwiek służby podejmowały względem niego tego typu działania.

Zarzut nr 2

Odwołujący przede wszystkim podniósł, że wyrażona w art. 18 PZP zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień i jako taka może podlegać ograniczeniom jedynie w miarę uzasadnionych potrzeb zamawiających oraz w granicach dopuszczonym w ustawie (tak PZP jak i innych ustawach) (tak KIO m. in. w: wyrok z dnia 4 kwietnia 2019 r., KIO 466/19; wyrok z dnia 15 grudnia 2014 r., KIO 2510/14).

Zrozumiałym dla Odwołującego jest określenie szczególnych zasad dostępu do tego rodzaju informacji w oparciu o Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.2019.742 t.j.), tj. poprzez udostępnienie takiej informacji wyłącznie osobom posiadającym odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa i gwarantującym zachowanie „niejawności" pozyskanych informacji. Tak też, Odwołujący we wniosku o umożliwienie wglądu do rzeczonego dokumentu wskazał, że dysponuje osobami posiadającymi odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa — co stanowi o możliwości wglądu do danego dokumentu z zachowaniem zasad określonych w Ustawie o ochronie informacji niejawnych, tj. w ramach dopuszczalnego ograniczenia zasady jawności postępowania. Jednakże Zamawiający wykracza poza określone w PZP ramy dopuszczalnego ograniczenia zasady jawności postępowania, odmawiając takiego dostępu i powołując się m. in. na zastrzeżenie w tym dokumencie iż, nie wyraża się zgody na przekazanie Odwołującemu treści przekazanej w nim informacji. Odwołujący nie znajduje podstawy prawnej zarówno do postawienia takiego zastrzeżenia, jak i do jego respektowania przez Zamawiającego i tym samym ograniczenia zasady jawności postępowania.

Reasumując, zdaniem Odwołującego mamy do czynienia z kuriozalną sytuacją,
w której to nieznana instytucja/służba, przekazuje Zamawiającemu informację o nieznanej treści, w oparciu o którą to informację Zamawiający dokonuje tak doniosłej w skutkach czynności w postępowaniu, jaką jest wykluczenie Odwołującego. W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego stanowi wypaczenie zasady jawności postępowania, do której przestrzegania i ochrony Zamawiający jest zobowiązany na mocy przepisów PZP.

Na marginesie Odwołujący dodał, że przedmiot postępowania jest niezwykle wymagający, bowiem zgodnie z sekcją VI.3 pkt 1 Ogłoszenia, Zamawiający wymaga wykonania przedmiotowego zamówienia nie później niż do dnia 30 listopada 2023 r. Mając na uwadze przedłużające się postępowanie (od chwili złożenia wniosków przez oferentów minęły już trzy miesiące) realizacja przedmiotu zamówienia w tak określonym terminie staje się coraz bardziej utrudniona. Odwołujący, antycypując ew. dalsze działania Zamawiającego, uważa, że zmiana wymagań w tym zakresie (tj. wydłużenie dopuszczalnego terminu realizacji) wobec jednego tylko oferenta stanowić może o naruszeniu wyrażonej w art. 16 PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wynika to z tego, że składając w grudniu 2022 r. wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wszyscy zainteresowani oferenci musieli uwzględniać tak wymagający i rygorystyczny termin realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana tego wymogu w odniesieniu do jednego tylko wykonawcy (czyli pozostałego w postępowaniu wykonawcy — AVITEC sp. z o.o.) stanowić będzie nieuzasadnione i niesprawiedliwe (wobec pozostałych wykonawców) ułatwienie wobec tego wykonawcy. Tak sformułowany warunek realizacji, skutkował tym, że do postępowania przystąpiły tylko podmioty pewne możliwości jego spełnienia (tj. posiadające wolny wolumen mocy produkcyjnych lub znaczące zapasy towarowe). Natomiast zmiana tego wymogu,

może powodować, że inne podmioty, które z góry zrezygnowały z udziału w tym postępowaniu (z uwagi na tak postawiony wymóg) wobec zmienionego wymogu, mogłyby
z powodzeniem wystartować, co jednak będzie niemożliwe z uwagi na działanie Zamawiającego - tj. zmianę podstawowego i kluczowego wymogu w trakcie trwania postępowania.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił jak na wstępie o uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności Zmawiającego — wykluczenia Odwołującego z postępowania.

sygn. akt KIO 594/23

W tym samym postepowaniu, w dniu 5 marca 2023 roku, odwołanie do Prezesa KIO złożył również wykonawca GLOMEX MS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotnikach, dalej jako „Odwołujący 1" lu „Glomex".

Odwołanie złożono od następujących czynności i zaniechań czynności Zamawiającego:

1.odrzucenie wniosku Glomex o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2.zaniechanie odrzucenia wniosku Avitec sp. z o.o.

Odwołujący 1 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 405 ust. 2 pkt 3 oraz 6 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie polegające na błędnym uznaniu, że Odwołujący 1 nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa oraz że występuje zagrożenie dla obronności i bezpieczeństwa w sytuacji, gdy nie istnieją żadne okoliczności, które uzasadniałyby taką ocenę;

2.art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) poprzez jego niezasadne zastosowanie polegające na błędnym uznaniu, że Odwołujący 1 podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego 1;

3.art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) poprzez jego niezasadne niezastosowanie polegające na błędnym uznaniu, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Avitec sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy Avitec sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący 1 wnosił o:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia wniosku Odwołującego 1 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

2.nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności odrzucenia wniosku Avitec
sp. z o.o. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący 1 wskazał, że miał i ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Błędne decyzje Zamawiającego uniemożliwiają udzielenia zamówienia Odwołującemu 1. Uwzględnienie odwołania umożliwi Wykonawcy uzyskanie zamówienia. Ponadto, nawet częściowe uwzględnienie zarzutów prowadzące do odrzucenia wniosku Avitec sp. z o.o.
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spowoduje unieważnienie postępowania,
co także uzasadnia interes w uzyskaniu zamówienia zgodnie z orzecznictwem TSUE
(np. wyrok TSUE z 5.4.2016 r. w sprawie C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
v. Airgest SpA (EU:C:2016:199) oraz w orzecznictwie KIO (wyrok z 23.3.2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21).

Zarzut nr 1

W ocenie Odwołującego 1 Brak jest podstaw do uznania, jakoby Odwołujący 1 nie posiadał wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa oraz że występuje zagrożenie dla obronności i bezpieczeństwa. Żadne organy, służby ani instytucje nigdy nie przedstawiły Odwołującemu 1 ani jego pracownikom czy członkom organów żadnych zarzutów w tym zakresie. Wobec Odwołującego 1 nigdy nie było prowadzone żadne postępowanie mające za przedmiot tego rodzaju zarzuty. W piśmie informującym o odrzuceniu wniosku Odwołującego 1 Zamawiający nie wskazał ponadto uzasadnienia podstawy wykluczenia. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał, aby zaistniała podstawa odstąpienia od uzasadnienia wskazana w art. 405 ust. 7 ustawy Pzp. Należy zatem przyjąć, że taka podstawa nie występuje, zaś Zamawiający odstąpił od uzasadnienia bez podstawy prawnej. Brak uzasadnienia uniemożliwia pełne odniesienie się do zasadności decyzji Zamawiającego o odrzuceniu wniosku. Odwołujący 1 uczestniczył i uczestniczy w licznych postępowaniach w dziedzinach obronności
i bezpieczeństwa. Odwołujący 1 w sposób należyty realizował i realizuje zamówienia
w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przykładowo w dniu 16.01.2023 r. Odwołujący 1 został dopuszczony do udziału w postępowaniu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawę spadochronów dla jednostki specjalnej „Grom".

Nie do zaakceptowania jest sytuacja, że w tym samym czasie w postępowaniach na dostawę tego samego przedmiotu(spadochronów) dla wojska udział wykonawcy w jednym
z nich zostaje uznany za stwarzający zagrożenie dla bezpieczeństwa i obronności państwa

a w innym takie zagrożenie nie zostało stwierdzone. Dowodzi to arbitralności decyzji w tym zakresie i w rzeczywistości brak jakiekolwiek zagrożenia. Gdyby takie zagrożenie faktycznie występowało, to Odwołujący 1 nie zostałby dopuszczony do udziału w innych postępowaniach. W sytuacji, kiedy oceny dokonywane przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego są tak dalece ze sobą sprzeczne, że służba ta pozwala temu samemu wykonawcy na dostawę spadochronów dla wojska w jednym postępowaniu, a nie pozwala na to w tym samym czasie w innym postępowaniu, taka ocena nie może stanowić podstawy odrzucenia wniosku o udział w postępowaniu.

Istota przesłanki wykluczenia na tej podstawie, że udział wykonawcy stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa i obronności polega na tym, aby nie dopuścić do udziału
w postępowaniu podmiotu, który takie zagrożenie faktycznie stwarza. W sytuacji, kiedy
z okoliczności sprawy wynika, że takie zagrożenie nie występuje, to nie jest dopuszczalne potraktowanie tej przesłanki w sposób formalistyczny i wykluczenie wykonawcy tylko na tej podstawie, że SKW przesłało określoną informację w sytuacji, gdy w tym samym czasie wykonawca bierze udział na dostawę tego samego przedmiotu dla wojska w innym postępowaniu. Gdyby faktycznie taki wykonawca stwarzał jakiegokolwiek zagrożenie,
to właściwe służby nie dopuściłyby do udziału takiego wykonawcy w takim postępowaniu. Dopuszczenie zaś wykonawcy do tego postępowania oznacza, że przedmiotowe zagrożenie nie występuje, zaś przekazana informacja nie jest merytorycznie uzasadniona lecz ma wyłącznie arbitralny i pozamerytoryczny charakter. W związku z tym nie może ona stanowić podstawy wykluczenia.

Zarzut nr 2.

Zdaniem Odwołującego 1 Wykonawca Avitec sp. z o.o. (dalej „Avitec") nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu. Avitec powołuje się na zobowiązanie podmiotu trzeciego, Mars A.S, spółki prawa czeskiego. Avitec przedłożył dokument zatytułowany *Zobowiązanie podmiotu trzeciego*, jednak dokument ten nie może zostać uznany za zobowiązanie spółki Mars A.S. Dokument ten nie został bowiem podpisany przez osobą umocowaną do reprezentowania tej spółki. Zgodnie z treścią tego dokumentu jego autorem
i osobą podpisaną jest pan V.M.. Osoba ta zgodnie z przedłożonym odpisem z rejestru handlowego Mars A.S. nie jest upoważniona do reprezentacji spółki Mars A.S.
Tym samym należy uznać, że Avitec nie przedłożył ważnego i skutecznego zobowiązania spółki Mars A.S. do udostępnienia zasobów.

To samo dotyczy oświadczenia z 3.02.2023 r. Ponadto, pan V.M. poświadczył za zgodność dokumenty o zrealizowanych dostawach (zaświadczenia, umowa), co nie pozwala na przyjęcie, że dokumenty te zostały poświadczone za zgodność
z oryginałem przez osobę upoważnioną do reprezentacji Mars A.S.

Niezależnie od nieprzedłożenia ważnego i skutecznego zobowiązania Mars A.S. do udostępnienia zasobów, z przedłożonych dokumentów, nie wynika, aby podmiot ten spełniał warunek określony w pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu dotyczący zdolności technicznych, zgodnie z którym: *„W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy, dotyczącego zdolności technicznych, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału*
w postępowaniu o udzielenie zamówienia (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał w sposób należyty minimum jedną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj.- dostawę spadochronów desantowych lub ratowniczych o wartości nie mniejszej niż 8.000.000 PLN"(po zmianie ogłoszenia 6.000.000 PLN). Zgodnie z powyższym warunkiem, wykonawcy zobowiązani byli wykazać jedną dostawę spadochronów desantowych lub ratowniczych na kwotę co najmniej 6.000.0000 PLN.

Z przedłożonych przez Avitec dokumentów nie wynika, aby Mars A.S. zrealizował taką dostawę. Avitec powołuje się na umowę między Mars A.S. z dnia 27.11.2017 r. Ponieważ Avitec nie przedłożył kompletnej umowy, a jedynie jej pierwszą stronę,
w załączeniu Odwołujący 1 złożył całą umowę, dostępną w Internecie (wraz z tłumaczeniem wybranych fragmentów). Przedmiot dostawy określony został w pkt II. 1 umowy. I jedynie w części były to spadochrony (400 kompletów spadochronów), w pozostałej zaś części było to 600 kompletów zasobników oraz 40+40 makiet spadochronów. Podawana przez Avitec wartość zamówienia 58.106.000,00 CZK odnosi się do całości przedmiotu tej umowy, czyli również 600 kompletów zasobników i 80 makiet spadochronów. Avitec nie wykazał, aby wartość spadochronów dostarczonych w ramach tej dostawy wynosiła 6.000.000 PLN.
W związku z tym wniosek Avitec o dopuszczenie do udziału w postępowaniu także z tego powodu podlega odrzuceniu.

Dlatego też Odwołujący 1 wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i

Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawcy wnoszący odwołanie wykazali interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawcy są podmiotami, który złożyli wnioski o odpuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i są zainteresowani uzyskaniem zamówienia. Wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania. Wybór wniosku innego wykonawcy, godzi w interesy ekonomiczne Odwołujących i naraża ich na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpień złożyli następujący wykonawcy:

- AviTec Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w obu sprawach odwoławczych po stronie Zamawiającego;
- AIR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie w sprawie KIO 594/23 po stronie Odwołującego 1;
- CIMSA Ingeniería de Sistemas, S.A. z siedzibą w Barcelonie, w Hiszpanii, w sprawie KIO 594/23 po stronie Odwołującego 1.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym jako Przystępujących odpowiednio w poszczególnych sprawach następujące podmioty:

- wykonawcę AviTec Sp. z o.o. w obu sprawach odwoławczych
- wykonawcę AIR-POL sp. z o.o. w sprawie 594/23.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy CIMSA Ingeniería de Sistemas, S.A. z uwagi na niedopełnienie obowiązków dotyczących poświadczenie sposobu reprezentacji podmiotu. W złożonym do Izby zgłoszeniu przystąpienia brakuje dokumentów, z których wynika możliwość reprezentacji Wykonawcy przez poszczególne osoby podpisujące dokumenty. Do zgłoszenia załączono jedynie dokumenty rejestrowe wraz z tłumaczeniami. W przesłanym zgłoszeniu nie ma pełnomocnictwa dla pana A.S. oraz brak jest stosownego umocowania dla radcy prawnego Ł.J., który podpisał zgłoszenie podpisem kwalifikowanym. Pełnomocnictwo złożone na posiedzeniu przez radcę prawnego datowane jest na 13 marca 2023 roku, podczas gdy zgłoszenie przystąpienia miało miejsce w dniu 9 marca 2023 roku. Tym samym w dniu zgłoszenia przystąpienia pełnomocnik nie wykazał, że był uprawniony do działania w imieniu podmiotu zgłaszającego przystąpienie. Uzupełnienie tego braku zgłoszenia ma charakter niedopuszczalny bowiem regulacja art. 525 ustawy Pzp nie zawiera odesłania do art. 518 ustawy Pzp. Ponadto, choć art. 511 ust. 2 ustawy Pzp umożliwia uzupełnienie braków w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów, to by taki brak stwierdzić, konieczne jest złożenie samego dokumentu, który braki zawiera. Tymczasem w przedmiotowej sprawie brakowało dokumentu podstawowego, czyli samego pełnomocnictwa. Nie było jednocześnie konieczności zastosowania art. 511 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ na posiedzeniu przed Izbą pełnomocnik przedstawił dokument pełnomocnictwa umożliwiający mu reprezentowanie strony, podpisany przez uprawnioną do tego osobę z ramienia Wykonawcy. Jednocześnie dokument ten nie uprawniał do działania w dniu złożenia samego przystąpienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożonej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że obaj Odwołujący w odwołaniach prawidłowo przytoczyli zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz pozostałych dokumentów z postępowania istotne dla rozstrzygnięcia odwołania i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w dniu 6 marca 2023 roku Zamawiający unieważnił czynność oceny wniosków i postanowił skierować do AviTec wezwanie o uzupełnienie wykazu dostaw. Zamawiający oświadczył, iż wykona czynność ponownego badania i oceny wniosków.

Na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający wyjaśnił, że doszło do rozbieżności pomiędzy tytułem pisma „Informacja o unieważnieniu czynności oceny wniosków" a treścią samego pisma. Zamawiający rozłącznie traktuje czynność poinformowania o wynikach oceny i czynność oceny. Obecnie dokonał jedynie unieważnienia czynności informacyjnych i dokonał ponownej częściowej oceny wniosku AviTec uznając, że konieczne jest powtórzenie oceny jednego z wykonawców. Nie poinformował jeszcze o wynikach tej oceny.

Po złożeniu oświadczenia przez Zamawiającego Izba uznała, że nie zaistniały w sprawie przesłanki określone w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp i nie jest możliwe umorzenie postępowania z uwagi na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zamawiający bowiem podtrzymuje swoją decyzję o wykluczeniu Odwołujących z postępowania, zamierza ponowić ocenę tylko jednego z wniosków ale nie w sposób wynikający z żądań zawartych w odwołaniu KIO 594/23. Dlatego też Izba doszła do przekonania, że odwołania podlegają w całości rozpoznaniu.

Izba rozpoznała łącznie zarzuty obu odwołań odnoszące się do naruszenia art. art. 405 ust. 2 pkt 3) i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 18 Pzp w zw. z art 16 pkt 2) Pzp, a także zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

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.

Według 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.

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

Z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że pismem z dnia
9 grudnia 2022 roku 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 wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 9 grudnia 2022 roku Zamawiający zwrócił się z wnioskiem do Służby Wywiadu Wojskowego, o opinię, czy istnieją podstawy do wykluczenia podmiotów, które złożyły wnioski oraz podmiotów, na zasobach których polegać będą ci Wykonawcy.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2023 roku uzyskał odpowiedź od Służby Wywiadu Wojskowego, że w zakresie kompetencji Służby nie posiada informacji, które stanowią lub mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia podmiotów określonych we wniosku Zamawiającego.

Zamawiający otrzymał również odpowiedź od Służby Kontrwywiadu Wojskowego,
że zachodzą wobec Odwołującego i Odwołującego 1 przesłanki skutkujące wykluczeniem
z postępowania. Jednocześnie organ sprawdzający nie wyraził zgody na udzielenie Wykonawcom informacji o treści dokumentu przekazanego Zamawiającemu, zgodnie
z art. 405 ust. 7 ustawy Pzp.

Treść pisma skierowanego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego do Zamawiającego zawierającego informacje niejawne o klauzuli „zastrzeżone" dotyczące Odwołujących, została udostępniona składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający, po otrzymaniu wniosku od AIR-POL o udostępnienie pisma SKW, odpowiedział Wykonawcy, ze wniosek nie może zostać rozpoznany pozytywnie bowiem otrzymane pismo ma charakter niejawny oraz zastrzeżono, że nie wyraża się zgody na przekazanie Wykonawcom treści informacji.

Izba podkreśla, że 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 instytucji zewnętrznych, dokonujących weryfikacji podmiotowej Wykonawców, 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.

Wynika to 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, 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".

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

Choć skarżone przesłanki przewidziane przez ustawę Pzp, które powodują wykluczenie podmiotu mają charakter fakultatywny, to swoboda Zamawiającego ogranicza się do decyzji, czy będzie je w prowadzonym postępowaniu stosował, czy też odstąpi od ich stosowania. Jeżeli jednak Zamawiający zdecydował, że korzystał będzie z możliwości wykluczenia po zaistnieniu okoliczności opisanych w przesłankach fakultatywnych,
to w momencie ziszczenia się tych przesłanek, Zamawiający nie ma już swobodnego wyboru. Zobowiązany jest przy zastosowaniu odpowiedniej regulacji wykonawcę wykluczyć. Jedna z takich przesłanek fakultatywnych występuje w momencie otrzymania przez zamawiającego bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności
i bezpieczeństwa. Otrzymanie pisemnego dowodu na posiadanie przez właściwe służby informacji o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa, jest dla zamawiającego wystarczającym i jedynym dowodem na zaistnienie przesłanki wykluczenia
z postępowania odwoławczego. Zamawiający ma zatem obowiązek zbadać, czy zaistniała przesłanka wykluczenia, którą przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i w tym celu zamawiający kieruje wniosek do właściwych służb i uzyskując odpowiedź bada jej treść ustalając, czy właściwa służba przekazała mu, że jest w posiadaniu informacji o wystąpieniu zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa, czy takich informacji nie posiada. Natomiast zamawiający nie został wyposażony w mechanizm weryfikacji zgodności tej informacji z rzeczywistym stanem faktycznym.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż 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 instytucję, jest właściwe.
To właśnie wyspecjalizowane instytucje państwa uprawnione są do badania, choćby przez wykonanie czynności operacyjnych, czy mamy do czynienia z wystąpieniem przesłanki.

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

W ocenie Izby przedstawione Wykonawcom uzasadnienie decyzji o wykluczeniu
z postępowania było wystarczające. Zamawiający przekazał taki zasób informacji, na jaki pozwalał mu dokument otrzymany od podmiotu zewnętrznego, z uwzględnieniem klauzuli dla informacji nałożonej na ten dokument przez jego wystawcę. Zamawiający podał, że przewidział w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia, podał, że otrzymał informacje od odpowiednich służb, po skierowaniu do nich wniosku i na podstawie przekazanych mu informacji od tych służb dokonał wykluczenia.

Z tych powodów Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i ust. 6 ustawy Pzp, a także art. 146 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp.

Oceniając, czy w postępowaniu doszło do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, dostrzeżenia wymaga, iż zasada jawności postępowania, wyrażona w art. 18 ustawy Pzp, doznaje różnego rodzaju ograniczeń. Zasada ta nie ma prymatu wiodącego nad zasadami wyrażonymi w innych ustawach i innymi zasadami wynikającymi z ustawy Pzp.
Już sama ustawa Pzp przewiduje wyjątki od zasady jawności, przy zastrzeżeniu, że ograniczenie dostępu do informacji

związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego możliwie jest tylko w przypadkach określonych w ustawie. Sam zamawiający może zastrzec w dokumentach zamówienia, że pewne informacje wymagają zachowania poufnego charakteru informacji. Za taki wyjątek uznaje się także informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Ale nie tylko przywołana ustawa Pzp zawiera takie wyjątki od zasady jawności. Możliwe jest także wyłączenie zasady jawności w przypadku ochrony danych osobowych w przypadkach wskazanych w ustawie, czy danych odnoszących się do wysokości wynagrodzenia. Same zaś postanowienia ustawy Pzp w przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa przywołują ustawę o ochronie informacji niejawnych. Regulacja ta zawiera szereg reguł i zasad postępowania z dokumentami, którym nadano różny poziomu klauzul tajności, a informacje wynikające z dokumentów traktuje się jako niejawne.

Co do udostępnienia Odwołującemu AIR-POL dokumentu, na podstawie którego Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający poinformował Odwołującego, że pismo pochodzi od instytucji właściwej w sprawie ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa. Instytucja ta dysponuje informacjami w tym zakresie, czyli wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa. Informacje nie mogą być udostępnione, ponieważ mają charakter niejawny, zastrzeżono, że wystawca dokumentu nie wyraża zgody na przekazanie Wykonawcy treści informacji.

Jak już zaznaczono w niniejszym orzeczeniu, w ocenie Izby, w ten sposób Zamawiający wystarczająco uzasadnił odmowę udostępnienia informacji i wskazał przepisy, które odnoszą się do reguł udostępniania tego rodzaju dokumentów. Zamawiający podał,
że informacje mają charakter niejawny, co zdaniem Izby jasno wskazuje na regulacje ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zamawiający wyjaśnił także, że nie będąc wystawcą owego dokumentu, a jedynie jego dysponentem, nie może ich ujawnić, ponieważ nie zgadza się na to wystawca dokumentu. Zamawiający powołał się więc na dopuszczalny wyjątek od zasady jawności a Odwołujący okoliczności przeciwnych nie wykazał.

Dlatego też Izba nie uznała zasadności zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp (KIO 594/23) częściowo zasługiwał na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że 14 grudnia 2022 roku Zamawiający zwrócił się do Dyrektora Sekcji Uzbrojenia i Zakupów Departamentu Uzbrojenia i Logistyki Sił Powietrznych Ministerstwa Obrony Narodowej Republiki Czeskiej z prośbą o wskazanie pojedynczej dostawy
o najwyższej wartości z podaniem tej wartości i daty realizacji dostawy w ramach złożonej przez AviTec referencji o wykonaniu przez spółkę MarS a.s. umowy nr 175210145 w latach 2017-2020 dostawa na rzecz MON Republiki Czeskiej.

MON Republiki Czeskiej potwierdził, że firma MarS dostarczyła w latach 2017-2020 spadochrony wojskowe o łącznej wartości 58 106 000,00 CZK bez VAT. Wszystkie dostawy zostały zrealizowane prawidłowo i terminowo.

Przystępujący AviTec złożył wraz z wnioskiem zobowiązanie podmiotu trzeciego, firmy MarS a.s., z którego wynika, że podmiot ten reprezentuje dyrektor handlowy – V.M.. Dokument zawierał pieczęć i podpis wymienionej osoby.

21 grudnia 2022 roku AviTec został na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwanych do złożenia podmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postaci referencji lub innego dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane. Zamawiający podał, że wraz z wnioskiem
o dopuszczenie złożył dokument w formie wydruku wizualizacji wersji elektronicznej. Dokument nie spełnia wymagań ogłoszenia, ponieważ nie został on uwierzytelniony.

Przystępujący AviTec odpowiedział, że jest w posiadaniu wyłącznie referencji
w postaci elektronicznej podpisanych podpisem elektronicznym więc Wykonawca przedkłada następujące dokumenty: oryginał referencji na nośniku pendrive, kopię referencji poświadczoną za zgodność z oryginałem oraz tłumaczenie referencji na język polski. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonał Pan V.M..

Następnie AviTec został w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału
w postępowaniu. Zamawiający podał, że złożono dokument, z którego wynika realizacja dostawy o łącznej wartości netto 10 273 140,80 zł (przeliczenie kwoty 58 106 000,00 CZK). Złożony dokument nie pozwala na dokonanie oceny spełniania warunku, ponieważ nie można na jego podstawie ustalić, czy mamy do czynienia z pojedynczą dostawą o wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł. Zamawiający wezwał do wskazania pojedynczej dostawy zrealizowanej przez MarS a.s. w ramach umowy wykonywanej w latach 2017-2020.

Wykonawca odpowiadając na wezwanie wskazał, że wykaz dostaw i list referencyjny dotyczyły jednej dostawy, która powinna być postrzegana jako jedno jednorodne zamówienie. Złożono kopie kontraktu z MON Republika Czeska. Dodatkowo Wykonawca podał, że 400 spadochronów zostało dostarczonych w ramach jednego kontraktu,

poprzedzonego jedną procedurą o zawarcie umowy. Dostawa spadochronów odbywała się partiami, z których każda zawierała podobną ilość sprzętu i realizowana była na koniec roku danego roku w kilkuletnim horyzoncie czasowym. Zatem taka umowa nie może być postrzegana jako kilka umów, nie powiązanych ze sobą dostaw. MON z góry zdefiniowało konkretny zakres zamówienia. Kontrakt nie był umową ramową kilkoma odrębnymi umowami dostaw. Dlatego też Wykonawca posługuje się kwotą za całą umowę. Jednocześnie zastrzeżono, że treść kontraktu wraz z załącznikami ma charakter niejawny i nie może być udostępniona innym podmiotom. Powyższe potwierdzili także pisemnie przedstawiciele MON Republiki Czeskiej. Jednym z załączników do umowy był tabelaryczny „podział ceny wykonania".

Dodatkowo AviTec złożyło oświadczenie podmiotu trzeciego, z którego w ujęciu tabelarycznym podano wartości oraz daty realizacji poszczególnych części dostawy
w poszczególnych latach.

Przenosząc powyższe ustalenia na ocenę zasadności zarzutów, Izba uznała, że zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołania KIO 594/23 odnosząca się do braku wykazania umocowania do działania w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby przez Pana V.M.. Ze złożonych dokumentów rejestrowych nie wynika, że osoba ta może reprezentować dany podmiot. W oświadczeniach i dokumentach określono, że osoba ta pełni funkcję dyrektora handlowego. Brakuje natomiast dokumentów poświadczających zakres umocowania dla tej osoby, umożliwiających samodzielną reprezentację, w tym składanie oświadczeń i potwierdzanie dokumentów za zgodność z oryginałem.

Jednocześnie Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego 1, który wnioskował
o nakazanie odrzucenia wniosku AviTec. Izba, nie będąc związana żądaniem odwołania, podkreśla, że wniosek o odrzucenie należy uznać za zbyt daleko idący.

Jak wynika z wszystkich wezwań kierowanych do Przystępującego, nigdy nie był on wzywany do wyjaśnienia kwestii odnoszących się do sposobu reprezentacji podmiotu trzeciego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1 wezwanie z dnia 21 grudnia 2022 roku odnosiło się do formy złożonego dokumentu (to jest wizualizacji a nie dokumentu uwierzytelnionego). Zamawiający w wezwaniu nie wyartykułował żadnych wątpliwości odnoszących się do treści samego dokumentu, a kwestie związane ze sposobem reprezentacji za takie uznać należy. Zamawiający wskazywał na uchybienia co do formy dokumentu, a nie kwestie merytoryczne, związane właśnie ze sposobem reprezentacji. Skoro więc dotychczas Przystępujący nie miał możliwości uzupełnienia braku związanego z wykazaniem prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego, obowiązkiem Zamawiającego jest takie wezwanie do Wykonawcy skierować. Dopiero gdyby reakcja na to wezwania nosiła cechy błędnej, możliwe jest zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia wniosku Przystępującego.

Z tych powodów Izba nakazała unieważnienie czynności badania i oceny wniosków
o dopuszczenie, powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, w tym wezwanie Przystępującego AviTec do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana V.M. do składania oświadczeń w imieniu podmiotu MarS a.s. z siedzibą
w Czechach i poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem

Izba nie znalazła natomiast podstaw do uwzględnienia części zarzutu odwołania dotyczącego niewykazania spełniania warunku udziału co do wartości umowy przedstawionej w Wykazie dostaw. Całokształt złożonych przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń pozwalał ocenić, że zamówienie referencyjne potwierdzało spełnianie warunku udziału. Przystępujący oprócz treści samego kontraktu wraz
z załącznikami przedstawił dodatkowe dokumenty, na podstawie których można było ustalić w jaki sposób (sukcesywnie) odbywały się dostawy w ramach umowy z MON Republiki Czeskiej. Na podstawie załączników do umowy można ustalić ilości spadochronów dla poszczególnych partii, ich podział czasowo-realizacyjny oraz wartości kwotowe dla poszczególnych partii. Dodatkowo Wykonawca złożył dokumenty pochodzące wprost od wystawcy referencji, które objaśniały charakter zawartej umowy i sposób jej realizacji.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w sprawie KIO 590/23 w całości podlegało oddaleniu, co wynika z punktu I.1. sentencji, natomiast odwołanie w sprawie KIO 594/23
w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt II.1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostały zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt II. 2 sentencji orzeczenia.

W sprawach wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6, a także § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Odwołującego w sprawie KIO 590/23 w całości oraz Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego 1 w częściach 2/3 w sprawie KIO 594/23 (3 zarzuty w odwołaniu, z czego jeden zarzut został uwzględniony, dwa zarzuty oddalone).

Na koszty postępowania w sprawie KIO 594/23 składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego 1 w kwocie 15 000 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego 1 z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 18 600,00 zł. Zamawiający nie wnioskował o zasądzenie na jego rzecz kosztów, nie składał rachunków do akt.

Odwołujący 1 poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 2/3 kwoty całości kosztów postępowania odwoławczego, czyli kwoty 12 400,00 zł. Zamawiający nie poniósł kosztów, podczas gdy winien je ponieść w wysokości 6 200,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1 kwotę 6 200,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego 1 a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……..

……...