

Sygn. akt **XXIII Zs 77/21**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Tomasz Szczurowski
Protokolant:	Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa - Inspektoratu Uzbrojenia, odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L., przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.,

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1104/21

1. oddala skargę;
2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. na rzecz Skarbu Państwa - Inspektoratu Uzbrojenia kwotę 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym.

Tomasz Szczurowski

Sygn. akt XXIII Zs 77/21

UZASADNIENIE

Dnia 12 kwietnia 2021 roku odwołujący (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego Skarbu Państwa - Inspektoratu Uzbrojenia, w postępowaniu dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „PZP2004”, tj.

- art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP2004 w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu mimo, iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania,

- art. 131 e ust. 1 pkt 5 PZP2004 w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie decyzji zawartej w informacji z dnia 1 kwietnia 2021 roku o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i kontynuacji postępowania z udziałem odwołującego

Wyrokiem z dnia 19 maja 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1104/21 w przedmiocie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, przy udziale wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Z. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1104/21 po stronie zamawiającego, w pkt 1 oddaliła odwołanie, w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L., zaś w pkt 2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr uiszczoną przez wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający określił w punkcie II 1.2.1, że: pkt 1 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131 e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy;
- 2) spełnią warunki określone w art. 22 ust. 1 b pkt 1-3 ustawy dotyczące:
 - uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o której mowa w pkt 2 ppkt 2,
 - sytuacji finansowej określonej szczegółowo w Sekcji III. 2.2
 - zdolności technicznej, określonej szczegółowo w Sekcji II 1.2.3.

2. W celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji Zamawiający żąda przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wzór - załącznik nr 1):

- 1) oświadczenia wykonawcy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i kryteriów selekcji oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy (wzór - załącznik nr 2 ...) aktualnego na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ustalono, że odwołujący za wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 7 grudnia 2020 roku złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i kryterium selekcji oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania. W punkcie 4 wniosku wykonawca złożył oświadczenie: Nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Zgodnie z pismem z dnia 1 marca 2021 roku - Informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dostawę podstawowego spadochronu desantowego zamawiający zweryfikował oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego i uznał ich poprawność.

Ustalono na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, protokół posiedzenia komisji przetargowej z dnia 24 marca 2021 roku, że w dniu 23 marca 2021 roku do zamawiającego wpłynęło pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego w sprawie weryfikacji podmiotowej wykonawcy (...) sp. z o.o. i w związku z zawartą w ww. piśmie informacją, że Służba Kontrwywiadu Wojskowego posiada informację, które zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt

5 stanowią podstawę do wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o. Zamawiający zwrócił się do Służby Kontrwywiadu Wojskowego za pismem z dnia 24 marca 2021 roku, o przekazanie stanowiska czy Służba Kontrwywiadu Wojskowego, jako instytucja przekazująca informacje w piśmie z dnia 23 marca 2021 roku nr (...), zastrzega iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. W odpowiedzi Służba Kontrwywiadu Wojskowego Biuro II, pismem z dnia 29 marca 2021 roku wskazała: Służba Kontrwywiadu Wojskowego, nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu numer (...) ((...)) z dnia 23 marca 2021 r. (zgodnie z art. 13 le ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2019r. pozy. 1843. z późn. zm.).

Do Kancelarii Tajnej UZP zamawiający złożył za pismem przewodnim pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 23 marca 2021 roku numer (...) z klauzulą „zastrzeżone”.

W piśmie procesowym, zamawiający wskazał na powyższe okoliczności, oraz podał, że pismo Służby Kontrwywiadu Wojskowego, które wpłynęło do zamawiającego w dniu 23 marca 2021 roku, to pismo o klauzuli „Zastrzeżone”.

Zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2021 zawiadomił odwołującego, że na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu zamawiający podał:

W dniu 23 marca 2021 r. do zamawiającego wpłynęło pismo od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa z informacją, iż posiada ona informacje, które zgodnie z art. 13le ust. 1 pkt 5 ustawy, stanowią podstawę do wykluczenia (...) Sp. z o. o. z postępowania. Zgodnie z art. 13le ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy na ww. podstawie zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego.

Jednocześnie zamawiający, zgodnie z art. 131 e ust. 4 ustawy, odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, gdyż informacje otrzymane od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu.

Rozważając natomiast zarzuty zawarte w odwołaniu KIO zważyła do następuje:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP2004 art. w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu mimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wyjaśniła, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia dotyczyło zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, i mają do niego zastosowanie przepisy Rozdziału 4a Działu III ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wskazał również, że będzie dokonywał weryfikacji w oparciu o przesłanki wykluczenia wskazane w art. 13 le ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się:

1) wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 13, z wyłączeniem wykonawców skazanych za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, i pkt 14, gdy osoba o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13, z wyjątkiem przestępstw, o których mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu;

2) (uchylony)

3) (uchylony)

4) wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, współnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ust. 11 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742);

5) wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;

6) wykonawców, którzy mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie, niż

państwa, o których mowa w art. 131 d ust. 1, z zastrzeżeniem art. 131 d ust. 2.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że z uwagi na specyficzny charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przede wszystkim w zakresie bezpieczeństwa informacji niejawnych, bezpieczeństwa dostaw i konieczności zachowania elastyczności procedur, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie szczególnego katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w stosunku do obowiązującego art. 24 ustawy PZP2004. Przepis art. 13le reguluje kwestię wykluczania wykonawców z postępowania o zamówienie publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jest to przepis szczególny, co oznacza, że do wykluczania wykonawców z tych postępowań nie stosuje się bezpośrednio art. 24.

Mając na uwadze powyższe spójne stanowiska doktryny, jak również fakt, że przepisy ustawy w sposób bardzo jednoznaczny określają podstawy wykluczenia w ramach postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP2004 w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004.

Po pierwsze, odwołujący kreując ten zarzut odniósł się do „klasycznej” przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania odrywając ją od wskazanej przez zamawiającego w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 roku podstawy wykluczenia z postępowania właściwej jedynie dla postępowań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Po drugie, odwołujący w podniesionym zarzucie uzasadniał naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 tym, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału i kryteriów kwalifikacji w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania, przy czym należy zaznaczyć, że podnosząc tą podstawę prawną odwołujący referował jedynie do elementów konstrukcji warunków udziału w postępowaniu podlegających ocenie w zakresie klasycznego zamówienia. To oznacza, że podstawa prawna jaką podaje zawężyła w tym przypadku ocenę jego zarzutu jedynie do elementów jakie podlegają ocenie w każdym klasycznym postępowaniu, o ile zamawiający je określi. W zakresie warunków i kryteriów selekcji określonych przez zamawiającego i podlegających weryfikacji na podstawie klasycznych przepisów - tj. posiadanego doświadczenia, zdolności finansowej czy też uprawnień do prowadzenia określonej działalności - nie znajduje się w stanowisku zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2021 roku żadna faktyczna argumentacja. Oznacza to, że w tym zakresie zamawiający nie stwierdził uchybień, bowiem gdyby takie dostrzegł obowiązany byłby podać je w przedstawionym uzasadnieniu podjętej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba mając na uwadze powyższe uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP2004 w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu 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 - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ponownie przywołała brzmienie art. 131 e ust. 1 pkt 5 PZP2004 i podkreśliła, że wystąpienie ww. przesłanki - przesłanki obligatoryjnej - powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego zawartą w piśmie procesowym i przedstawioną na rozprawie, a odnoszącą się do tego, że czynność zamawiającego wykluczenia wykonawcy odwołującego z postępowania nie miała charakteru arbitralnego i dowolnego, a stanowi efekt oceny dokonanej przez właściwą służbę państwową - w tym wypadku Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Izba powołała się na motyw 67 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81 /WE z dnia 13 lipca 2009 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 216, str. 76).

Następnie Izba podkreślała, że wytyczne jakie zawarte są w ww. dyrektywie wskazują na możliwości dokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zgodnie z motywem 65 ww. dyrektywy wykluczenie wykonawcy jest 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. Punkt (e) nie przyznaje całkowitej dyskrecjonalności zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi być oparte na ryzyku dla bezpieczeństwa Państwa Członkowskiego. Zamawiający musi być przygotowany do wykazania, jeśli to konieczne, w toku specjalnych procedur odwoławczych, że istnieją obiektywne i weryfikowalne czynniki wskazujące na brak wiarygodności, który powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa kraju. W ocenie Izby wszystkie przesłanki stanowiące podstawy wykluczenia zawarte w art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy muszą być rozpatrywane z uwzględnieniem pozyskania informacji od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa.

W ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej jasnym i jednoznacznym było - bowiem wynikało to z pisma z dnia 1 kwietnia 2021 roku, że zamawiający czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania oparł na przekazanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego dokumencie niejawnym. Izba podkreślała, że zgodnie z art. 131 e ust. 4 ustawy zamawiający odstępował od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu. W takich okolicznościach właściwym środkiem dowodowym dla oceny przesłanek z art. 131 e ust. 1 ust. 5 ustawy są dokumenty pochodzące od organów państwowych, prowadzących działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o danym podmiocie. Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy w oparciu o ocenę dokonaną przez właściwą służbę państwową. Izba podkreślała w tym miejscu, że odwołujący nie kwestionował udziału Służby Kontrwywiadu Wojskowego jako właściwej służby państwowej.

W ww. dyrektywie również zawarta jest regulacja art. 35 ust. 3 zgodnie z którą Instytucje/podmioty zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1, w odniesieniu do udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W tym miejscu Izba podkreślała, że przywołana w uzasadnieniu czynności zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2021 roku podstawa art. 131e ust. 4 PZP2004 odnosi się wprost do informacji niejawnych otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa, co do których instytucja przekazująca zastrzegła, że nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. Zamawiający dysponował dokumentem niejawnym z dnia 23 marca 2021, co potwierdza pismo złożone w kancelarii tajnej UZP, a którego sygnatury odpowiadają wskazywanym przez zamawiającego.

Izba w tym miejscu wskazała że w trakcie rozprawy odmówiła odwołującemu wglądu w dokument z dnia 23 marca 2021 roku złożony w kancelarii tajnej UZP. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych (DZ. U. z 2019 tj. poz. 742) informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2365/17, że zapoznanie się z tymi informacjami nie miało na celu wykonania prac zleconych związanych z dostępem do informacji niejawnych. Kwestia dotycząca poświadczeń bezpieczeństwa osób, którym informacja miałyby być przekazana oraz wymagań formalnych związanych z miejscem i sposobem udostępnienia informacji, nie wpływa na możliwość odstąpienia od weryfikacji zasady wiedzy niezbędnej. Tym samym Izba uznała za bezprzedmiotowy w rozpoznaniu tej sprawy dowód nr 1 - poświadczenie bezpieczeństwa. W orzecznictwie, zasada wiedzy niezbędnej, warunkująca zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy udostępnienie informacji niejawnych oznacza, że zapoznanie się przez daną osobę z informacjami niejawnymi, służyć ma wykonywaniu przez tę osobę pracy lub pełnieniu służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywaniu prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych. Nikt zatem nie może domagać się udostępnienia informacji niejawnych, nawet jeżeli posiada poświadczenie bezpieczeństwa do odpowiedniej klauzuli, jeżeli informacja taka nie jest niezbędna do wykonywania pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych, (vide: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12.02.2015 r., sygn. II SA AWa 1749/14). Dostęp do wnioskowanej informacji niejawnej pozostawać musi w ścisłym związku z realizacją konkretnej pracy, konkretnego zlecenia (umowy), do wykonania których niezbędne jest zapoznanie się z tą informacją. Odwołujący nie wykazał, aby w sprawie zachodziła konieczność zapoznania się z informacją niejawną, w rozumieniu zasady wiedzy niezbędnej. Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2365/17, że samo stwierdzenie, iż informacje te wypełniały przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie stanowiło dostatecznej podstawy do tego, aby uznać, że informacje te są niezbędne do realizacji zlecenia (umowy), które miałyby być realizowane dopiero w przyszłości. Wymaga odnotowania również, że zamawiający także nie udostępnił dokumentu z dnia 23 marca 2021 roku odwołującemu, który wnioskował o dostęp do tego dokumentu.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba wskazała, że okoliczności jakie legły u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania wynikały wprost z informacji przekazanej zamawiającemu w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Działanie zamawiającego podyktowane było oceną dokonaną przez właściwą służbę państwową, co stanowiło dla zamawiającego wiążącą podstawę do podjęcia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych, bowiem przepisy regulujące postępowanie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stanowią własny reżim postępowania zamawiającego dla tych postępowań. Zamawiający wykonał czynności zgodnie z obowiązującymi przepisami i podał uzasadnienie podjętej czynności w zgodzie z art. 13 le ust. 4 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r.poz.2437), stosowanie do wyniku postępowania.

Od powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł odwołujący (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L., zaskarżając przedmiotowy wyrok w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu skarżący zarzucił naruszenie:

1. art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP2019 poprzez oddalenie odwołania, mimo, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów PZP2019 mających wpływ na wynik postępowania;

2. mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 542 ust. 1 PZP2019 w zw. z art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego na gruncie niniejszej sprawy materiału dowodowego, przedstawiające się uznaniem, że skarżący naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub skarżącego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla 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 roku o ochronie informacji niejawnych;

3. mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 542 ust. 1 PZP2019 w zw. z art. 538 ust. 1 PZP2019 i art. 534 ust. 1 PZP2019 poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny materiału dowodowego wyrażające się uznaniem

złożonych przez zamawiającego informacji jako potwierdzających w sposób wystarczający podstawę wykluczenia skarżącego z udziału w postępowaniu;

4. naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu przez Izbę, że zamawiający nie jest zobowiązany do samodzielnej oceny informacji otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego, w szczególności zamawiający jest związany oceną oraz informacjami przedstawionymi przez instytucję właściwą w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego.

Mając powyższe na uwadze skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku o sygnaturze KIO 1104/21 i uwzględnienie w całości odwołania wniesionego przez wykonawcę - skarżącego i nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji zawartej w informacji z dnia 1 kwietnia 2021 roku o wykluczeniu skarżącego z udziału w postępowaniu;
2. zasądzenie na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika.

W odpowiedzi na powyższą skargę skarżącego na wyrok KIO z dnia 19 maja 2021 r. zamawiający Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia wniósł o:

1. oddalenie w całości skargi skarżącego na wyrok KIO z dnia 19 maja 2021 r. o sygn. akt KIO 1104/21, jako całkowicie bezzasadnej;
2. zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

Śąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jako bezzasadna zasługiwała na oddalenie.

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać, że w dniu 1 stycznia 2021 r. weszła w życie ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2019). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie zostało wszczęte w 2020 r. Skarga na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej została złożona w dniu 14 czerwca 2021 r. Zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się odpowiednio przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, tj. przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, zwanej dalej: PZP2019). Z powyższego wynika, że w niniejszej sprawie do postępowania skargowego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Niemniej wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego

stosuje się przepisy ustawy PZP2004. Przystępując do rozpoznania niniejszej sprawy należy wskazać, że stan faktyczny był w zasadzie bezsporny pomiędzy stronami postępowania. Został on ustalony przez Krajową Izbę Odwoławczą i jest w całości podzielany przez Sąd Okręgowy, który ustalenia te przyjmuje za swoje własne. Przede wszystkim okolicznością bezsporną było, że skarżący uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego - Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w W., który prowadził to postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego. Postępowanie to dotyczyło zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Okolicznością niekwestionowaną przez skarżącego jest otrzymanie przez zamawiającego pisma od Służby Kontrwywiadu Wojskowego, według którego posiada ona informację, które zgodnie z art. 13le ust. 1 pkt 5 stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy(...)Sp. z o.o. Następnie zamawiający zwrócił się do Służby Kontrwywiadu Wojskowego za pismem z dnia 24 marca 2021 roku, o przekazanie stanowiska czy Służba Kontrwywiadu Wojskowego, jako instytucja przekazująca informacje w piśmie z dnia 23 marca 2021 roku nr Z- (...), zastrzega iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. W odpowiedzi Służba Kontrwywiadu Wojskowego Biuro II, pismem z dnia 29 marca 2021 roku wskazała: Służba Kontrwywiadu Wojskowego, nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu numer (...)((...)) z dnia 23 marca 2021 r. (zgodnie z art. 131 e ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2019r. pozy. 1843. z późn. zm.). Wobec powyższego zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2021 zawiadomił skarżącego, że na podstawie art. 13le ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wykluczył go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający, zgodnie z art. 13le ust. 4 PZP2004, odstąpił od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, gdyż informacje otrzymane od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. W kontekście tak zakreślonego stanu faktycznego należało rozważyć zarzuty zawarte w skardze (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L..

Zasadniczy zarzut zawarty w skardze dotyczył naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 13 le ust. 1 pkt 5 PZP2004 poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu przez Izbę, że zamawiający nie jest zobowiązany do samodzielnej oceny informacji otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego, w szczególności zamawiający jest związany oceną oraz informacjami przedstawionymi przez instytucję właściwą w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego. Z powyższym skorelowano zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 PZP2019 w zw. z art. 538 ust. 1 PZP2019 i art. 534 ust. 1 PZP2019 poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny materiału dowodowego wyrażające się uznaniem złożonych przez zamawiającego informacji jako potwierdzających w sposób wystarczający podstawę wykluczenia skarżącego z udziału w postępowaniu. Z zarzutami tymi, w ocenie Sądu Okręgowego nie sposób się zgodzić. W pełni na podzielenie zasługują rozważania Izby dotyczące subsumpcji stanu faktycznego niniejszej sprawy pod art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004. Unikając powtórzeń przede wszystkim należy przypomnieć, że zgodnie z art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla 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. W kontekście treści art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 przede wszystkim należy stwierdzić, że nie może być żadnych wątpliwości, iż przyczyną wykluczenia skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było uznanie go za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Skarżący co prawda twierdził, że nie wie która z podstaw wymienionych w art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 stanowiła przyczynę decyzji zamawiającego, niemniej taki brak wiedzy nie jest uzasadniony w okolicznościach niniejszej sprawy. Już bowiem w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 r. wyraźnie wskazano, że wykluczenie następuje na podstawie art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 w związku z zagrożeniem bezpieczeństwa państwa. Poza tym w sprawie zastosowano art. 13 le ust. 4 PZP2004, zgodnie z którym zamawiający odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie

wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu. Zastosowanie powyższego przepisu w odwołaniu nie było kwestionowane przez (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tymczasem powołanie powyższego przepisu, w kontekście art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004 również potwierdza, że przyczyną wykluczenia wykonawcy są informacje o nieposiadaniu przez niego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Z tego też względu bezprzedmiotowe były twierdzenia skarżącego jakoby podstawą do jego wykluczenia mogło być również naruszenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw.

Oceniając zaś zarzut skarżącego należy podkreślić, że art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004 wprowadza obligatoryjne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy spełniają określone w nim warunki, a w szczególności nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Skoro w przedmiotowej sprawie Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia uzyskał od Służby Kontrwywiadu Wojskowego informację o tym, że dysponuje ona wiadomościami które zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 stanowią podstawę do wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o., to zamawiający nie mógł zachować się inaczej niż wykluczyć skarżącego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ma jednocześnie rację Izba, że zamawiający jest w tym przypadku związany informacją otrzymaną od właściwej służby. Pogląd ten był już wielokrotnie wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą i zasługuje na podzielenie. Już w wyroku z dnia 29 grudnia 2016 r., KIO 2394/16 Izba w kontekście art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004 przyjęła, że ani zamawiający, ani Izba nie jest uprawniona do badania okoliczności, które doprowadziły do takiej, a nie innej oceny wykonawcy. Właściwymi dla tej oceny są organy państwowe, prowadzące działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie. Izba związana jest zatem informacją zawartą w dokumencie „poufnym”, podobnie jak zamawiający, zaś twierdzenia o potrzebie dalszej weryfikacji dokumentu przez zamawiającego nie znajdują oparcia w przepisach Ustawy. Zamawiający nie ma prawnej możliwości podważać dokumentu stanowiącego podstawę i uzasadnienie dla wykluczenia odwołującego z postępowania. Natomiast w wyroku z dnia 5 grudnia 2018 r., KIO 2388/18 Izba podkreśliła, że nie jest zasadnym stawianie znaku równości pomiędzy cofnięciem świadectwa i uznaniem utraty wiarygodności, która może zagrażać bezpieczeństwu państwa. Należy bowiem uwzględnić, iż w każdym przypadku oceny tej powinny dokonać organy uprawnione (ABW/SKW), a ocena ta nie zamyka się w samym stwierdzeniu utraty zdolności do ochrony informacji niejawnych, która stanowi uzasadnienie dla cofnięcia świadectwa. Powyższe poglądy znajdują pełne zastosowanie w niniejszej sprawie. Skoro zamawiający otrzymał od SKW pismo o posiadaniu przez nią informacji o których mowa w art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004, to nie mógł w świetle powyższego przepisu zachować się inaczej niż wykluczyć skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dla powyższego wniosku nie ma jednocześnie znaczenia fakt sformułowania przez SKW tego pisma, a w szczególności wskazanie, że jedynie posiada ona informacje, które zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy, stanowią podstawę do wykluczenia (...) sp. z o. o. z postępowania. Sformułowanie to trudno bowiem rozumieć inaczej niż wskazanie, że w stosunku do skarżącego zachodzą okoliczności wskazane w powołanym przepisie. Skoro SKW posiada informację o okolicznościach wskazanych w art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004, to należy uznać że w stosunku do (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością okoliczności te zachodzą.

Za koniecznością wykluczenia skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec informacji uzyskanej z SKW, przemawia również wykładnia językowa art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004. Przepis ten dotyczy wykluczenia wykonawcy, którego „uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa”. Nie bez znaczenia zdaniem Sądu Okręgowego jest użycie w powyższym przepisie słowa „uznano”, bez jednoczesnego wskazania podmiotu, który ma dokonać tego uznania. Wniosek ten nie musi więc być wynikiem działań podejmowanych osobiście przez zamawiającego. Powyższe przesądza, że uznanie wykonawcy dokonane przez właściwą służbę spełnia warunki tego uznania, a tym samym obliuguje zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu.

Dokonując wykładni art. 131e ust. 1 pkt 5 PZP2004 trafnie również Izba odwołała się do genezy tej regulacji wskazując że jest ona implementacją dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy

2004/17/WE i 2004/18/WE. Zasadnie zwrócono uwagę na motyw zawarty w pkt 65 preambuły do tej dyrektywy. Stanowi on mianowicie, że 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. Następnie zaś w pkt 67 preambuły podkreślono, że ze względu na newralgiczny charakter sektora dotyczącego obronności i bezpieczeństwa, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostania wymogom instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji. 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. Ustawodawca unijny trafnie uznał, że ze względu na charakter zamówień publicznych w zakresie bezpieczeństwa i obronności musi istnieć w tym przypadku szeroka możliwość wykluczenia wykonawcy w sytuacji uznania przez zamawiającego, że udzielenie mu zamówienia mogłoby spowodować zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa. Powyższe także zdaniem Sądu Okręgowego przemawia za taką wykładnią art. 13 le ust. 1 pkt 5 PZP2004 według której istnieje podstawa wykluczenia już w przypadku uzyskania przez zamawiającego od właściwych służb informacji w punkcie tym wskazanych. Z uwagi na szeroko zakreśloną w prawie unijnym możliwość wykluczenia wykonawcy w zamówieniach dotyczących obronności i bezpieczeństwa, taka wykładnia art. 13 le ust. 1 pkt 5 PZP2004 jest spójna z tymi przepisami. Poza tym konkretyzacja motywów wyrażonych w punkcie 65 i 67 preambuły do dyrektywy następuje w jej art. 39 ust. 2 pkt e, który stanowi, że 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. Powyższy przepis z jednej strony ogranicza arbitralność decyzji zamawiającego wskazując, że wykluczenie w sytuacji o której z nim mowa musi być oparte na dowodach. Niemniej z drugiej strony stanowi, że dowody te mogą być dowolne, a przede wszystkim pozyskane z chronionych źródeł. Skoro w niniejszej sprawie zamawiający pozyskał z chronionego źródła, tzn. od SKW informację o tym, że skarżący nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego, to zachodziła podstawa do jego wykluczenia, bez badania przez zamawiającego tejże informacji pochodzącej z chronionego źródła, do czego zamawiający nie ma zresztą prawa, jak również nie ma takiej możliwości.

Za powyższą interpretacją art. 13 le ust. 1 pkt 5 PZP2004 przemawia również brzmienie art. 405 PZP2019. Przepis ten nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, niemniej z uwagi na niemal jednakową treść z art. 13 le ust. 1 pkt 5 PZP2004 jest zdaniem Sądu Okręgowego pomocny przy interpretacji tego ostatniego przepisu. Zgodnie mianowicie z art. 405 ust. 2 pkt 3 PZP2019 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. Zasadnicze znaczenie w kontekście niniejszej sprawy ma jednak nowy art. 405 ust. 6 PZP2019, który stanowi że 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. W powyższym przepisie ustawodawca wskazał konkretną okoliczność, która oznaczać będzie spełnienie warunków z art. 405 ust. 2 pkt 3 PZP2019. Okolicznością tą jest informacja uzyskana przez zamawiającego od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa. Informacja ta może być bezpośrednią podstawą wykluczenia w oparciu o art. 405 ust. 2 pkt 3 PZP2019, a więc jest ona wiążąca dla zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest podstaw do odmiennej oceny znaczenia-takiej informacji w świetle art. 13 le ust. 1 pkt 5 PZP2004. Trzeba uznać, że także w czasie obowiązywania PZP2004 informacja taka była wiążąca dla zamawiającego i stanowiła wystarczającą przyczynę

do wykluczenia go na podstawie art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004. Tym samym nie można podzielić twierdzeń skarżącego o naruszeniu przez KIO powyższego przepisu.

Wobec powyższego nie mógł również być uwzględniony zarzut naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie art. 542 ust. 1 PZP2019 w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 5 PZP2004 poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego na gruncie niniejszej sprawy materiału dowodowego, przedstawiające się uznaniem, że skarżący naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub skarżącego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla 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 roku o ochronie informacji niejawnych. W świetle bowiem powyższych rozważań uznanie przez SKW skarżącego za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa jest wiążące dla zamawiającego, a następnie Izby, która zasadnie uznała, że w sprawie zachodziły okoliczności z art. 131 e ust. 1 pkt 5 PZP2004. Ponadto wbrew sugestiom zawartym w uzasadnieniu skargi nie można uznać, że w wyroku KIO zachodzi sprzeczność. W rzeczywistości Izba najpierw podkreśliła, że decyzja zapadła na gruncie z art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004 nie może być arbitralna, ale uzasadniona. Poza tym zamawiający musi być w stanie wykazać jej zasadność. Pogląd ten Sąd Okręgowy w pełni podziela. Następnie jednak Izba zasadnie uznała, że w niniejszej sprawie arbitralność nie zachodziła, albowiem zamawiający informację o nieposiadaniu przez skarżącego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa uzyskał z SKW. Decyzja ta oparta była więc na dowodzie, którego źródłem były właściwe służby państwowe. Zamawiający powołując się na informację uzyskaną z SKW wykazuje istnienie podstawy do wykluczenia skarżącego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ostatecznie nie sposób uznać zarzutu naruszenia art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP2019 poprzez oddalenie odwołania, mimo, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów PZP2019 mających wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt PZP2019 Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Postępowanie przeprowadzone przez Sąd Okręgowy wykazało, że Izba trafnie uznała, iż przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przepisów prawa. Decyzja ta miała podstawę prawną w art. 13le ust. 1 pkt 5 PZP2004, co przesądzało bezzasadność odwołania, a aktualnie stanowi podstawę oddalenia skargi w oparciu o art. 588 ust. 1 PZP2019.

Jednocześnie na podstawie art. 381 k.p.c. Sąd pominął wniosek dowody zgłoszony przez wykonawcę na rozprawie. Zgodnie z art. 579 ust. 2 PZP2019 w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie

stanowią inaczej. W myśl zaś art. 381 k.p.c. Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Wniosek dowody zgłoszony po raz pierwszy na rozprawie przez Sądem procedującym w wyniku skargi był więc spóźniony, co musiało skutkować jego pominięciem.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 PZP2019. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego, to zasadnym było zasądzenie kosztów od niego na rzecz zamawiającego. Na koszty poniesione przez zamawiającego w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1800 zpóź. zm).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Sędzia Tomasz Szczurowski