Sygn. akt: KIO 866/16

WYROK
z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Emila Kuriata
Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STV Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, STV Group a.s. w Pradze (Republika Czeska)** w postępowaniu prowadzonym przez **1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STV Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, STV Group a.s. w Pradze (Republika Czeska)** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STV Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, STV Group a.s. w Pradze (Republika Czeska)** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STV Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, STV Group a.s. w Pradze (Republika Czeska)** na rzecz **1 Regionalnej Bazy Logistycznej w Wałczu,** kwotę **928 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok,
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Koszalinie.**

……

……

……

Sygn. akt: KIO 866/16

Uzasadnienie

Zamawiający - 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu - prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie naprawy głównej części specjalnej i naprawy konserwacyjnej i naprawy konserwacyjnej podwozia bazowego 152 mm dla samobieżnych armato-haubic wz. 77 na samochodzie TATRA-815 "DANA". W dniu 12 maja 2016 roku zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania.

W dniu 23 maja 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STV Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, STV Group a.s. w Pradze (dalej: odwołujący), wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 4 pkt 5b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 - dalej: ustawa P.z.p.), poprzez przyjęcie, że znajduje on zastosowanie do zamówień, których przedmiotem są usługi,

2) art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przedmiot zamówienia należy do zadań o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa,

3) art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że ocena, czy udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy P.z.p. nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na ryku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, jest możliwa bez zaznajomienia się z warunkami umowy, jaka miałaby zostać zawarta bez zastosowania ustawy, w tym z profilem i rozmiarem działalności na rynku cywilnym podmiotu, z którym ta umowa miałaby być zawarta,

4) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że dalsze prowadzenie postępowania prowadziłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegającej unieważnieniu,

5) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym z uwagi na objęcie postępowania klauzulą zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący wnieśli o:

1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;

---

2) zasądzenie kosztów postępowania, według załączonej faktury.

Odwołujący podnieśli, że posiadają interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku dalszego prowadzenia postępowania mieliby nadal możliwość uzyskania zamówienia, zostaliby bowiem zaproszeni do złożenia oferty po tym, jak pismem z dnia 17 marca 2016 r. stwierdzone zostało spełnienie przez odwołujących warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, zostały złożone trzy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 17 marca 2016 r. stwierdzone zostało spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wnioskodawców, w tym przez odwołującego. Pismem z dnia 13 maja 2016 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania z uwagi na otrzymanie w dniu 12 maja 2016 r. pisma zawierającego informację o uznaniu przez Ministra Obrony Narodowej (MON), że zadanie będące przedmiotem postępowania jest zadaniem o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Zamawiający poinformował, że podmioty wskazane w ocenie bezpieczeństwa (stanowiącej informację niejawną z klauzulą „zastrzeżone") nie są tożsame z podmiotami, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy P.z.p. Podmioty wskazane w ocenie bezpieczeństwa typowane są z kolei z uwzględnieniem interesu narodowego RP, jej potencjału obronnego i możliwości zaangażowania się w sytuacji bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa państwa.

W ocenie odwołujących, do zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania nie stosuje się art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p. Ponieważ art. 4 ust. 5b stanowi wyjątek od zasady stosowania ustawy P.z.p. przez podmioty sektora publicznego, należy interpretować go ściśle. Odnosi się on do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, a więc do zamówień na dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 P.z.p., a nie do zamówień na usługi w rozumieniu art. 2 pkt 10 P.z.p. ani roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 P.z.p. W ocenie odwołującego, przedmiotem niniejszego postępowania są niewątpliwie usługi w rozumieniu art. 2 pkt 10 P.z.p., polegające na wykonaniu napraw. Potwierdza to opis przedmiotu zamówienia - „usługa -

wykonanie naprawy głównej części specjalnej i naprawy konserwacyjnej podwozia bazowego 152 mm samobieżnych armato-haubic wz. 77 na samochodzie TATRA-815 „DANA". Tym samym do zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania nie znajduje zastosowania wyłączenie określone w art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p., nawet jeżeliby uznać, że stanowi ono zadanie o podstawowym interesie bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący podnieśli, że identyczne zakresowo zadania nie zostały w latach poprzednich uznane za zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w roku 2013 w sprawie 231/2012 doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty w trybie ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że ocena, czy udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, nie jest możliwa bez zaznajomienia się zamawiającego/oceniającego z warunkami umowy, jaka miałaby zostać zawarta bez zastosowania ustawy, w tym z profilem i rozmiarem działalności na rynku cywilnym podmiotu, z którym ta umowa miałaby być zawarta, oraz z barierami uniemożliwiającymi wewnętrzne subsydiowanie przez ten podmiot swojej działalności w sektorze cywilnym z przychodów uzyskiwanych z zamówień udzielanych na mocy wyłączenia z art. 4 pkt 5b P.z.p. i z oferowaną przez ten podmiot ceną. Tylko istnienie takich barier (w sensie organizacyjno-prawnym) albo ustalenie ceny na poziomie rynkowym pozwalałoby na stwierdzenie, że udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Odwołujący podniósł, że z informacji powszechnie dostępnych wynika, że ubiegający się o zamówienie podmiot, który najprawdopodobniej został wskazany jako wykonawca w ocenie występowania podstawowego znaczenia dla bezpieczeństwa państwa, prowadzi sprzedaż i świadczy usługi na rynku cywilnym.

Zdaniem odwołujących, powyższe świadczy o tym, iż niniejsze postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak jest bowiem podstaw do zastosowania wyłączenia z art. 4 pkt 5b P.z.p. z uwagi na przedmiot zamówienia, a ponadto z uwagi na brak występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w udzieleniu zamówienia bez stosowania ustawy P.z.p. oraz z uwagi na niemożność oceny na obecnym etapie, czy udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy P.z.p. nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Odwołujący wskazali, że również prowadzenie postępowania na podstawie przepisów Pzp w sytuacji, gdy nie mają one zastosowania, nie może spowodować unieważnienia umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia takiego postępowania w trybie art. 146 ust. 6 Pzp. Przepis ten dotyczy bowiem unieważniania umów „w sprawach zamówień publicznych", a nie unieważniania wszelkich umów, także niepodlegających P.z.p. (wniosek z art. 139 ust. 1

Pzp). Umowa zawarta przez zamawiającego na podstawie błędnie zastosowanych przepisów Pzp w sytuacji, gdy te przepisy nie powinny mieć zastosowania, nie jest umową „w sprawie zamówienia publicznego" i nie podlega w związku z tym unieważnieniu na podstawie nie mającego do takiej umowy zastosowania przepisu art. 146 ust. 6 Pzp. W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący stwierdzili, że zamawiający bezzasadnie uznał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Po pierwsze, odwołujący kwestionuje występowanie w niniejszej sprawie podstawowego znaczenia dla bezpieczeństwa państwa w udzieleniu zamówienia poza ustawą P.z.p. w świetle wcześniejszej praktyki Zamawiającego. Po drugie interes publiczny nie jest tożsamy z

podstawowym znaczeniem dla bezpieczeństwa państwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:
1/ oddalenia odwołania w całości,
2/ obciążenie odwołującego kosztami postępowania w sprawie z uwzględnienia zestawienia poniesionych kosztów przedłożonego na rozprawie.
3/ przeprowadzenie dowodów przywołanych w odwołaniu.
4/ oddalenie wniosku dowodowego z dokumentu zastrzeżonego o nadaniu klauzuli BP zadaniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania, bowiem ocena istnienia podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa nie leży w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej

Zamawiający podniósł, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie zamawiającego, bezpodstawny jest zarzut naruszenia przepisów art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p. i przyjęcie, że wyłączenie stosowania ustawy dotyczy zamówień, których przedmiotem są również usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania.

Zgodnie z art. 4 ust 5b UPZP dotyczy zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (...).

Traktat nie zawiera definicji legalnej terminu „produkcja", ale oczywiste jest, że pod tym pojęciem należy rozumieć również wytwarzanie, w tym przypadku broni, amunicji czy też

materiałów wojennych, o których w Traktacie mowa. Dla opisania tego pojęcia można posłużyć się definicją legalną zawartą w art, 3.1. pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz. U. z 2012 poz. 1017 z późn. zm.). Zgodnie z tymi przepisami przez „wytwarzanie" należy rozumieć oprócz działalności wytwórczej, także odzysk w rozumieniu przepisów o odpadach oraz działalność rusznikarską polegającą na naprawianiu albo wytwarzaniu istotnych części broni niezbędnych do jej naprawy lub na przerabianiu broni poprzez ingerencję w jej istotne części. Wytwarzanie zatem mieści w sobie również naprawę, a stanowisko takie prezentuje również Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji Departament Zezwoleń i Koncesji, które w piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r. wyraziło pogląd, iż w ocenie organu koncesyjnego czynności polegające na naprawach lub remontach wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym należy zakwalifikować do działalności związanej z wytwarzaniem.

Zamawiający wskazał, że armato-haubice znajdują się na liście produktów, do których mają zastosowanie postanowienia art. 346 ust. 1 lit „b" Traktatu WE. Zgodnie z art. 346 ust 2 Traktatu WE Rada może wprowadzić zmiany do sporządzonej przez siebie 15 kwietnia 1958 r. listy produktów co do których Państwa Członkowskie mogą podejmować środki w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa (przewidzianych w art. 346 ust 1 lit „b"). W wykonaniu swoich kompetencji Rada opublikowała Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej (przyjęty przez Radę 17 marca 2014 r. - zastąpił wykaz z 11 marca 2013 r.), w którym pod pozycją ML 6 lit „a" znajdują się pojazdy naziemne oraz ich elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane dla celów wojskowych. Z objaśnień w Uwadze 1 wynika, iż pozycja ML 6 lit. „a" obejmuje czołgi i inne uzbrojone pojazdy wojskowe oraz pojazdy wojskowe wyposażone w uchwyty na broń, sprzęt kierowania ogniem, w tym pod poz. „a" celowniki, przeliczniki, sprzęt naprowadzania uzbrojenia oraz systemy sterowania uzbrojeniem. Opis ten odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Planowana zatem naprawa główna części specjalnej i podwozia bazowego 152 mm samobieżnych armato- haubic dotyczy sprzętu wojskowego odpowiadającego sprzętowi wymienionemu we wspólnym Unii Europejskiej Wykazie Uzbrojenia sporządzonemu przez Radę.

Zamawiający stwierdził, iż - wbrew zarzutom odwołującego - zamawiający miał obowiązek uznać, iż przedmiot zamówienia należy do zadań o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Podstawowym dokumentem przesadzającym o tym jest zatwierdzony przez Ministra Obrony Narodowej, wniosek o dokonanie oceny występowania

podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w stosunku do zadania objętego przedmiotem zamówienia. Tak wniosek w tej sprawie jak i stosowana rekomendacja opatrzone zostały klauzulę niejawności „zastrzeżone". Zatwierdzona przez Ministra rekomendacja występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa w odniesieniu do niniejszego zamówienia wydana została zgodnie z rozporządzeniem z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2013 poz. 233) jak również zgodnie z § 14 Decyzji Nr 92/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania w zakresie kwalifikowania zamówień i oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. MON 2014, poz. 101 ze zm.). Ocena ministra, że przy udzieleniu zamówienia należy uwzględnić wymagania dotyczące ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (przy obowiązkowym spełnieniu wszystkich innych warunków nakładanych przez art. 346 ust. 1 lit. b Traktatu UE) determinuje konieczność przeprowadzenia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w oparciu o przepisy Decyzji Nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa jak również eliminuje możliwość zastosowania ustawy P.z.p. W szczególności, zgodnie z § 3 wytycznych znajdujących się w przywołanej decyzji, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia uwzględniając wymagania dotyczące ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, zawarte we wniosku pozytywnie ocenionym Ministra Obrony Narodowej (...) z zachowaniem zasad legalności, celowości i rzetelności, uwzględniając racjonalizację kosztów, a w przypadku zamówienia w trybie negocjacji w kilkoma wykonawcami również równego traktowania wykonawców. Zamawiający podkreślił, że wyłączenie niektórych zamówień spod reżimu ustawy P.z.p. jest środkiem, jaki podjęła Polska w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. Takie działanie było uprawnione z uwagi na przepisy art. 346 Traktatu UE. Zamówienie, którego dotyczy niniejsze postępowanie spełnia wszystkie warunki Traktatu: dotyczy materiałów wojennych wymienionych na liście produktów Rady (wspólny wykaz uzbrojenia), objęte jest podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa (BP), a także udzielenie tego zamówienia (bez zastosowania ustawy) nie wpłynie na warunki konkurencji w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Ten ostatni warunek został spełniony bowiem armato-haubice są sprzętem typowo wojskowym, niemającym odpowiednika na rynku cywilnym i przez to nie mogą one konkurować z jakimikolwiek produktami, które nie są przeznaczone do celów wojskowych. Taka sytuacja (wpływania na warunki konkurencji w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie dla

celów wojskowych), przy zamówieniach w dziedzinie obronności, ma zazwyczaj miejsce przy umowach offsetowych, które w niniejszym postępowaniu nie występują.

W ocenie zamawiającego, bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest fakt, że w latach poprzednich podobne zadania nie zostały uznane przez kompetentne organy za zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Nadanie tej klauzuli obecnie oznacza zmianę oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w odniesieniu do zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania i jest dla zamawiającego wiążące. Badanie zasadności nadania klauzuli BP (zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa) przez organy ustawowo do tego powołane nie leży, jak się wydaje, w zakresie kognicji KIO. W niniejszej sprawie badaniu może podlegać jedynie czy zostały spełnione warunki Traktatu UE dla zwolnienia zamówienia publicznego spod reżimu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podniósł, iż - wbrew twierdzeniom odwołującego - objęcie zadania będącego przedmiotem przetargu klauzulą BP oznaczało, że dalsze prowadzenie postępowania w trybie przewidzianym ustawą Prawo zamówień publicznych, nie leżałoby w interesie publicznym. Zdaniem zamawiającego, w interesie publicznym zawsze będzie leżało zapewnienie ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Środkiem do zapewnienia takiej ochrony jest podejmowanie przez każde Państwo Członkowskie takich działań, jakie uznaje ono za stosowne, aby bezpieczeństwo zapewnić. W niniejszym przypadku podjęto działania, aby niektóre zamówienia publiczne w zakresie obronności , o

ile spełnione zostaną warunki Traktatu UE (art. 346), i wymagał tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, wyjęte były spod reżimu stosowania ustawy P.z.p. W niniejszej sprawie warunki wyjęcia zamówienia spod działania ustawy P.z.p. zostały spełnione. Zadanie opatrzono klauzulą zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, zapewniając mu tym samym ochronę wynikającą z przepisów art. 4 ust. 5 b P.z.p. i umożliwiając powierzenie zamówienia podmiotom, które zapewnią zabezpieczenie interesów wymienionych w ocenie bezpieczeństwa. Dalsze prowadzenie postępowania zmierzałoby do umożliwienia uzyskania zamówienia w sposób, który byłby sprzeczny z postanowieniami wynikającymi z klauzuli BP, a to nie spełniłoby wymagań dla zapewnienia podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Niezapewnienie podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa nie leży w interesie publicznym.

W ocenie zamawiającego, w niniejszej sprawie zastosowanie ma również przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z przepisów art. 93.1 pkt 7 z zw. z art. 146 ust.6 ustawy P.z.p. Jak wykazano wyżej, po spełnieniu normy wynikającej z art. 4 pkt 5 b ustawy Pzp, udzielenie zamówienia publicznego nie mogłoby nastąpić w trybie ustawy Prawo

zamówień publicznych. Kontynuowanie postępowania bez zastosowania właściwego trybu jak również wbrew wyraźnemu przepisowi zakazującemu stosowanie prawa zamówień publicznych miałoby wpływ na wynik postępowania (w postępowaniu brałyby udział podmioty nie wskazane w rekomendacji do BP, oferta najkorzystniejsza wyłoniona byłaby w innym niż przewidziany ustawowo trybie). W tej sytuacji zasadne jest oparcie decyzji o unieważnieniu postępowania również na podstawie wskazanej na wstępie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. W postępowaniu tym zostały złożone trzy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 17 marca 2016 r. stwierdzone zostało spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wnioskodawców, w tym przez odwołujących. Pismem z dnia 13 maja 2016 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania z uwagi na otrzymanie w dniu 12 maja 2016 r. pisma zawierającego informację o uznaniu przez Ministra Obrony Narodowej (MON), że zadanie będące przedmiotem postępowania jest zadaniem o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Zamawiający poinformował, że podmioty wskazane w ocenie bezpieczeństwa (stanowiącej informację niejawną z klauzulą „zastrzeżone") nie są tożsame z podmiotami, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy P.z.p. Podmioty wskazane w ocenie bezpieczeństwa typowane są z kolei z uwzględnieniem interesu narodowego RP, jej potencjału obronnego i możliwości zaangażowania się w sytuacji bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa państwa.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p, ustawy nie stosuje się zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346

Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Z powyższego wynika, iż wyłączenie, o którym mowa w art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p. możliwe jest w przypadku kumulatywnego spełnienia trzech następujących przesłanek:

1) zamówienie dotyczy produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,

2) wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa,

3) udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p. bazuje na z art. 346 ust. 1 lit b TfUE, zgodnie z którym postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w tym, by każde państwo członkowskie mogło podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Zawarte we wskazanym przepisie sformułowanie "produkcja" nie zawiera legalnej definicji w prawie polskim. Do jego wykładni należy zatem zastosować definicję legalną bliskoznacznego terminu "wytwarzanie", zawartą w art. 3.1. pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Przepis ten stanowi, iż poprzez „wytwarzanie" należy rozumieć oprócz działalności wytwórczej, także odzysk w rozumieniu przepisów o odpadach oraz działalność rusznikarską polegającą na naprawianiu albo wytwarzaniu istotnych części broni niezbędnych do jej naprawy lub na przerabianiu broni poprzez ingerencję w jej istotne części. Objęcie zakresem definicji "wytwarzanie" czynności naprawy broni oznacza, iż przedmiot zamówienia mieści się w zakresie sformułowania "produkcja", zawartym w art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p.

W ocenie Izby została spełniona druga z wymaganych przesłanek, tj. wymóg wyłączenia stosowania ustawy z uwagi na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa. Przedmiotowe zamówienie zostało uznane przez Ministra Obrony Narodowej za zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Informację o tym fakcie zamawiający powziął na podstawie pisma z dnia 12 maja 2016 r. i fakt uznania zamówienia za zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa jest pomiędzy stronami niesporny.

W ocenie Izby ziściła się również trzecia przesłanka, tj. okoliczność, iż udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Armato-haubice są sprzętem typowo wojskowym, niemającym odpowiednika na rynku cywilnym i przez to nie mogą one konkurować z jakimikolwiek produktami, które nie są przeznaczone do celów wojskowych.

W tej sytuacja Izba uznała, że zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W myśl pkt. 7 wskazanego przepisu, unieważnienie postępowania jest dla zamawiającego obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. została określona kumulatywnie i pojawia się w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest

stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. To zamawiający jest obowiązany wykazać, że zachowując należytą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

12

W rozpoznawanej sprawie okoliczności takie z pewnością miały miejsce. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie dysponował i nie mógł wiedzieć , iż przedmiotowe postępowanie zostanie objęte klauzulą bezpieczeństwa. Jednocześnie Izba nie zgadza się z przystępującym, iż interes publiczny nie jest tożsamy z podstawowym znaczeniem bezpieczeństwa państwa.

Ustawodawca w ustawie Pzp nie zawarł definicji interesu publicznego. Pojęcie to nie jest również definiowane w innych, powszechnie obowiązujących przepisach prawnych.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych, przy czym w niektórych pojawia się nawet kilkakrotnie.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości, w tym bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawie, stwierdzić należy, iż przemawiał on również za unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. W ocenie Izby istnieją bowiem podstawy do zastosowania art. 4 pkt 5b ustawy P.z.p., co zostało wykazane powyżej.

13

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……
…….
…….

14