

WYROK

z dnia 7 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie **2 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 17 października 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Net Marine Power Service sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Naprawa główna i dokowa OTrM 824* (nr postępowania 55/2015) prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Portu Wojennego Świnoujście**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Komendzie Portu Wojennego w Świnoujściu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Komendę Portu Wojennego Świnoujście i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Net Marine Power Service sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** – tytułem wpisu od odwołania.
 - 4.2. zasądza od zamawiającego – Komendy Portu Wojennego Świnoujście na rzecz odwołującego – Net Marine Power Service sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Sygn. akt KIO 1967/16

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Sygn. akt KIO 1967/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Portu Wojennego Świnoujście – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) {dalej zwanej również: „ustawa pzp”, „ppz” lub „PZP”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Naprawa główna i dokowa OTrM 824* (nr postępowania 55/2015).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S_249-455906 z 24 grudnia 2015 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

6 października 2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – Net Marine Power Service sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie {dalej również: „Net Marine”} – zawiadomienie o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

17 października 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 6 – przez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek do unieważnienia postępowania w sytuacji, w której nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek do unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, że w postępowaniu nie wystąpiły wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
3. Art. 4 pkt 5b – przez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek ku temu, jak również unieważnienie postępowania po jego zakończeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{stan faktyczny}

3

Sygn. akt KIO 1967/16

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

- postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego jako zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa;
- zamawiający nie skorzystał z art. 131l ust. 1 pzp i nie określił w specyfikacji innych przesłanek unieważnienia postępowania niż wskazane w art. 93 ust. 1 pzp;
- w postępowaniu złożyło oferty 4 wykonawców, tj. oprócz Net Marine: Gdańska Stocznia Remontowa im. J. Piłsudskiego S.A., Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, Stocznia Remontowa „Nauta” S.A.;
- oferta Net Marine miała najkorzystniejszy bilans ceny i okresu gwarancji;
- dotychczas w tym postępowaniu miały miejsce 3 sprawy odwoławcze, w tym dwie ostatnie z odwołań Net Marine, z których przedostatnie – na odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania, zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a ostatnie – na odrzucenie jego oferty zostało uwzględnione przez Izbę;
- 29 września 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Net Marine jako najkorzystniejszej, od czego nie wniesiono żadnych odwołań;
- 6 października Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 pzp, powołując się na otrzymane w tym dniu pismo Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, w którym wskazano, że zadanie będące przedmiotem zamówienia zostało uznane za mające podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa, a tym samym na podstawie art. 4 pkt 5b pzp nie stosuje się do niego przepisów pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odnosnie możliwości wyłączenia stosowania ustawy pzp Odwołujący podniósł, co następuje.

Po pierwsze – zarówno art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej {dalej: „Traktat” lub „TFUE”}, jak i będący jego odpowiednikiem w prawie krajowym art. 4 pkt 5b pzp,

posługują się pojęciami produkcji i handlu bronią, co z uwagi na brak legalnej definicji nie powinno być rozumiane odmiennie niż słownikowa definicja. Skoro przedmiotem tego zamówienia nie jest ani produkcja, ani zakup, a jedynie naprawa główna i dokowa okrętu OTrM 824, już z tego powodu wyłączone jest stosowanie do niego art. 4 ust. 5b pzp.

Po drugie – ponieważ powyższe przepisy stanowią wyjątek od zasady konkurencyjności wyrażonej w TFUE (art. 101-109, art. 120 oraz protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji) czy zasady stosowania ustawy pzp przez podmioty sektora publicznego, powinny być interpretowane ściśle, a nie rozszerzająco.

Po trzecie – art. 4 ust. 5b dotyczy dostaw w rozumieniu 2 pkt 2 pzp, a nie usług, tak

4

Sygn. akt KIO 1967/16

jak przedmiotowe zamówienie, a więc nie jest możliwe jego zastosowanie do usługi remontu okrętu OTrM 824.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że biorąc pod uwagę definicję postępowania o udzielenie zamówienia zawartą w art. 2 ust. 7a pzp, przedmiotowe postępowanie zakończyło się z chwilą dokonania wyboru jego oferty. Stąd Zamawiający może jedynie zawrzeć umowę i zwrócić się do Prezesa UZP o wystąpienie do sądu o jej unieważnienie.

Odwołujący podniósł również, że przesłanki unieważnienia podlegają ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich wystąpienia obciąża zamawiającego.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wykazał wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp przesłanek braku interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania ani niemożności przewidzenia okoliczności będącej podstawą wszczęcia postępowania.

Według Odwołującego z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w żaden sposób nie można wywnioskować, w jaki sposób w przypadku kontynuowania postępowania mógłby zostać naruszony interes publiczny. Sam fakt zakwalifikowania okrętu OTrM 824 jako kluczowego dla bezpieczeństwa państwa nie wyłącza konieczności jego remontu ani jego wykonania przez Odwołującego.

Odwołujący podał, że na rynku polskim operują cztery podmioty mogące podjąć się takiego zamówienia i wszystkie te podmioty wzięły udział w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie z uwagi na fakt, że jest to okręt wojenny, wyłączone jest dokonanie jego remontu poza terytorium RP. Wszystkie te podmioty funkcjonują jako spółki kapitałowe i każda z nich posiada analogiczną koncesję pozwalającą na obrót bronią. Odwołujący stwierdził, że każdy z tych podmiotów jest w stanie wykonać remont okrętu, posiadając ku temu niezbędne uprawnienia, jak również wymagany potencjał techniczny, co zostało zweryfikowane przez Zamawiającego na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wobec tego zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, aby wykonanie remontu okrętu przez inny podmiot leżało w interesie publicznym.

Odwołujący zauważył ponadto, że Zamawiający w żaden sposób nie starał się uzasadnić wystąpienia tej przesłanki unieważnienia postępowania, powołując się wyłącznie na pismo Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z 5 października 2016 r. (data sporządzenia) które w swojej treści także nie wskazuje istnienia interesu publicznego.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał też, aby nie był

5

Sygn. akt KIO 1967/16

w stanie przewidzieć możliwości wystąpienia zmiany okoliczności, ograniczając się jedynie do wskazania daty pisma Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, aby przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Odwołujący podniósł, że na etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez Net Marine, również pod kątem posiadanych uprawnień do remontów sprzętu wojskowego, w szczególności weryfikując koncesję, oraz posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w stopniu wymaganym dla wykonania remontu okrętu, jak również doświadczenie w remontach okrętów. Odwołujący wywodził, że tym samym spełnia wszelkie wymogi dotyczące bezpieczeństwa interesu państwa w tym samym stopniu co pozostali wykonawcy. Odwołujący zwrócił uwagę, że decyzja Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. (Dz. Urz. MON z 2015 r. poz. 265) jest w kwestii swojej regulacji dotyczącej warunków udziału w postępowaniu analogiczna do postanowień ustawy pzp w brzmieniu na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, a ponadto pozwala na dokonanie oceny zdolności wykonawcy pod kątem oceny informacji niejawnych dzięki przedłożeniu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Ponadto Odwołujący, polemizując z argumentacją Zamawiającego dotyczącą oceny wykonawcy pod kątem występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, wskazał, że takiej oceny zgodnie z ww. decyzją dokonuje się w odniesieniu do zamówienia, a nie do wykonawcy. Tym samym argument Zamawiającego, że mogłoby to powodować wystąpienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o unieważnienie umowy jest bezzasadny.

21 października 2016 r. Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie odwołania, w szczególności w następujący sposób odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby, które wskazuje, że wyłączenie, o którym mowa w art. 4 pkt 5b ustawy pzp możliwe jest w przypadku kumulatywnego spełnienia trzech następujących przesłanek: 1) zamówienie dotyczy produkcji lub handlu

6

Sygn. akt KIO 1967/16

bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej {dalej: „TFUE” lub „Traktat”}, 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. (wyrok z 7 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 866/16).

Zamawiający dodał, że art. 4 pkt 5b ustawy pzp opiera się na 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.

{ad 1)}

Według Zamawiającego bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 4 pkt 5b oparty na przyjęciu, że wyłączenie, o którym mowa w tym przepisie, nie dotyczy zamówień, których przedmiotem są usługi będące przedmiotem prowadzonego postępowania.

Zamawiający zwrócił uwagę, że choć Traktat nie zawiera definicji legalnej terminu, oczywiste jest, że przez „produkcję” należy rozumieć również wytwarzanie, w tym przypadku broni, amunicji czy też materiałów wojennych, o których w Traktacie mowa (tak: Słownik Języka Polskiego PWN, <http://sip.pwn.pl/sip/produkcja:2572515>). Dla opisanego ostatniego terminu zdaniem Zamawiającego można posłużyć się definicją legalną zawartą w art. 3 ust. 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 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem 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. Stąd wytwarzanie mieści w sobie również naprawę, a takie stanowisko takie prezentuje również Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji Departament Zezwoleń i Koncesji, które w piśmie z 29 stycznia 2016 r. wyraziło pogląd, że w ocenie organu koncesyjnego czynności polegające na naprawach lub remontach wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym należy zakwalifikować do działalności związanej z wytwarzaniem {na dowód załączono wspomniane pismo o nr DZIK-IV-6611-10/16/JPe}.

Według Zamawiającego wspomniane wyłączenie stosowania ustawy pzp (dyrektywy

7

Sygn. akt KIO 1967/16

obronnej) dotyczy również wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego, co wynika z art. 4c ustawy pzp, a także dokumentów unijnych i krajowych dotyczących tych zagadnień.

Zgodnie brzmieniem art. 4c pzp Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw Skarbu Państwa, ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.

Ponadto według stanowiska Komisji Europejskiej zawartego w dokumencie Nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług Komisji Europejskiej:

1) 53. *Motyw 16 uznaje bezpieczeństwo dostaw za możliwe uzasadnienie dla wykorzystania art. 346 TFUE. (...) W tym kontekście nie można wykluczyć różnych sytuacji, na przykład: - Zakupiony sprzęt/usługa jest strategicznie tak istotny, że każda zależność od zezwolenia innego państwa członkowskiego uznawana jest za zagrożenie dla istotnych interesów bezpieczeństwa.*

2) 53. *Część działań związanych z zamówieniem (konserwacja, serwis w trakcie użytkowania) muszą być wykonywane, szczególnie w trakcie sytuacji kryzysowej, na terytorium państwa członkowskiego i wyłącznie przez krajowego dostawcę. (...) Zamówienie musi być udzielone konkretnemu dostawcy krajowemu w celu utrzymania lub ustanowienia krajowego potencjału przemysłowego, ponieważ państwo członkowskie uznaje za niezbędną dla swoich istotnych interesów bezpieczeństwa niezależność od niekrajowego dostawcy w tym szczególnym obszarze.*

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych („Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”, UZP Warszawa 2011 str. 12,13) interpretacja art. 296 ust. 1 lit. b Traktatu WE (obecnie art. 346 ust 1 lit. b) oraz określenie zakresu jego stosowania muszą uwzględnić zmienność technologii i polityki w zakresie zamówień publicznych (...) w związku z czym przepisy te obejmują zamówienia publiczne na usługi i roboty bezpośrednio związane z towarami znajdującymi się na liście (sporządzonej przez Radę).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 346 ust 2 Traktatu 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

8

Sygn. akt KIO 1967/16

jego bezpieczeństwa (przewidzianych w art. 346 ust 1 lit. b). W wykonaniu tych 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 ML9 znajdują się Wojenne jednostki pływające (nawodne lub podwodne), specjalny sprzęt morski, wyposażenie, elementy składowe i inne nawodne jednostki pływające, co obejmuje;

a. jednostki pływające i elementy składowe, takie jak:

1. jednostki (nawodne lub podwodne) specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych, bez względu na aktualny stan techniczny lub zdolności do działania oraz bez względu na posiadanie systemów przenoszenia broni i opancerzenia, kadłuby oraz części kadłubów dla takich jednostek pływających oraz elementy składowe do nich specjalnie zaprojektowane do celów wojskowych:

2. nawodne jednostki pływające, inne niż wyszczególnione w pozycji ML9.a, 1. posiadające przyczepione lub zintegrowane którekolwiek z niżej wymienionych.

Zamawiający wskazał, że opis ten odpowiada przedmiotowi zamówienia, gdyż planowana naprawa główna i dokowa OTrM 824 dotyczy sprzętu wojskowego odpowiadającego sprzętowi wymienionemu we wspólnym Wykazie Uzbrojenia Unii Europejskiej sporządzonemu przez Radę.

Zamawiający podsumował, że wbrew stanowisku Odwołującego naprawa główna i dokowa OTrM 824 mieszczą się w dyspozycji art. 4 pkt 5b pzp, o ile zostaną spełnione pozostałe warunki zastosowania art. 346 Traktatu.

{ad 2}}

Zamawiający stwierdził, że miał obowiązek uznać przedmiot zamówienia za zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, a podstawowym dokumentem przesadzającym o tym jest zatwierdzony przez Ministra Obrony Narodowej wniosek o dokonanie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w stosunku do tego zadania. Zatwierdzona przez Ministra rekomendacja występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa w odniesieniu do tego 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. 10! z późn. zm.). Ocena Ministra Obrony Narodowej, że przy udzieleniu tego 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

Sygn. akt KIO 1967/16

konieczność przeprowadzenia postępowania 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 pzp. 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 podsumował, że wyłączenie niektórych zamówień spod reżimu ustawy pzp jest środkiem, jaki podjęła Polska w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa, a takie działanie było uprawnione z uwagi na przepisy art. 346 Traktatu UE.

Zamawiający nadmienił, że zarówno wniosek w tej sprawie, jak i stosowana rekomendacja opatrzone zostały klauzulą niejawności „zastrzeżone”, a ujawnienie tych dokumentów możliwe jest przy zachowaniu zasad wynikających z ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228 ze zm.).

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że badanie zasadności nadania klauzuli „BP” (zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa) przez organy ustawowo do tego powołane nie leży w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. A w tej sprawie badaniu może podlegać jedynie, czy zostały spełnione warunki Traktatu UE dla zwolnienia zamówienia publicznego spod reżimu ustawy pzp. Na marginesie Zamawiający dodał, że również Komisja (art. 348 Traktatu UE) nie ocenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Będąc strażnikiem Traktatu, Komisja ma jedynie

prawo sprawdzać czy warunki zwolnienia zamówień publicznych na podstawie art. 346 Traktatu zostały spełnione.

Z uwagi na wywodzony brak kognicji Izby w zakresie badania zasadności nadania klauzuli „BP” Zamawiający zażądał oddalenia wniosku dowodowego z dokumentu zastrzeżonego o nadaniu przez Ministra Obrony Narodowej zadaniu będącemu przedmiotem opisywanego przetargu takiej klauzuli.

{ad 3}}

Według Zamawiającego niepodważalne jest, 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. Okręty wojenne, jakimi są trałowce, są sprzętem typowo wojskowym, niemającym odpowiednika na rynku cywilnym i przez to nie mogą one konkurować

10

Sygn. akt KIO 1967/16

z jakimikolwiek produktami, które nie są przeznaczone do celów wojskowych.

{podsumowanie}

Według Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami dla tego zadania została dokonana ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, stanowiąca uzasadnienie dla wyłączenia stosowania ustawy pzp dla tego zamówienia na podstawie art. 4 pkt 5b tej ustawy, umożliwiając powierzenie zamówienia podmiotom, które zapewnią zabezpieczenie interesów wymienionych w dokonanej ocenie.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Według Zamawiającego, objęcie zadania będącego przedmiotem przetargu klauzulą „BP” oznaczało, że dalsze prowadzenie postępowania w trybie przewidzianym ustawą pzp nie leżałoby w interesie publicznym. Zamawiający podał, że wszczął postępowanie 25 grudnia 2015, a 6 października 2016 r. otrzymał informację z Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, że Minister Obrony Narodowej zatwierdził rekomendację o nadaniu klauzuli BP zadaniu objętym przetargiem. Zamawiający stwierdził, że w dniu rozpoczęcia postępowania nie można było przewidzieć, że zadanie będzie objęte taką klauzulą.

Zamawiający podkreślił brak znaczenia dla sprawy faktu, że w latach poprzednich podobne zadania nie zostały uznane przez kompetentne organy za zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, gdyż nadanie tej klauzuli obecnie oznacza zmianę oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w odniesieniu do zadania będącego przedmiotem tego postępowania i jest dla Zamawiającego wiążące.

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 tym 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 pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego wykazano powyżej, że po spełnieniu normy wynikającej z art. 4 pkt 5b pzp udzielenie zamówienia publicznego nie mogłoby nastąpić w trybie tej ustawy. Kontynuowanie postępowania bez zastosowania właściwego trybu, jak również wbrew wyraźnemu przepisowi wyłączającemu stosowanie ustawy pzp, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, obarczone byłoby niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

11

Sygn. akt KIO 1967/16

zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp).

19 października 2016 r. Zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom kopię

odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że: po pierwsze – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w którym złożył ofertę uznaną przed unieważnieniem za najkorzystniejszą, po drugie – może ponieść szkodę w związku z unieważnieniem postępowania przez Zamawiającego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający unieważnił postępowanie wskazując na dwie niezależne od siebie w ustawie pzp podstawy prawne podjętej przez siebie decyzji: art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, dodatkowo przy każdej z nich powołując się również na art. 4 pkt 5b pzp.

12

Sygn. akt KIO 1967/16

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy należy przypomnieć, że zgodnie z art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednocześnie według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skład orzekający Izby podziela pogląd, że obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby wykonawca kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp (analogicznie jak z przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp) wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba w innych uprzednio wydanych wyrokach: z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), z 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11). Ma to zasadnicze znaczenie, gdyż niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych

uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać bowiem wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Reasumując, z rozpatrywanych łącznie norm art. 93 ust. 3 pkt 2 i art. 192 ust. 7 pzp wynika, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych wykonawcy w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.

Nie ulega wątpliwości, że ciężar udowodnienia zaistnienia podstaw unieważnienia

13

Sygn. akt KIO 1967/16

postępowania spoczywał w tej sprawie na Zamawiającym. Zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp, strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponieważ Zamawiający z faktu wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania wywodził konieczność zakończenia go bez podpisania umowy z uprzednio wybranym Wykonawcą, zobowiązany był wykazać sporne okoliczności faktyczne co do wypełnienia przesłanek wynikających z przepisów, na które się powołał.

Zamawiający nie skorzystał z art. 131l ust. 1 pkt 2 zgodnie z którym zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie przesłanek unieważnienia postępowania innych niż przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 i 1a – pod warunkiem określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że nie może powoływać się na inne podstawy unieważnienia postępowania niż określone w art. 93 ust. 1 i 1a pzp. Izba zwraca na to uwagę, gdyż obszerne wywody odpowiedzi na odwołanie niemal w całości poświęcone możliwemu zakresowi zastosowania art. 4 pkt 5b pzp, choć w większości nie budzą zastrzeżeń, są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest bowiem zaniechanie wszczęcia postępowania w trybie ustawy pzp z powołaniem się na wyłączenie wynikające z art. 4 pkt 5b pzp, a unieważnienie postępowania, które jest już prowadzone niemal rok, z powołaniem się na ten przepis, bezpośrednio po tym jak dokonano wyboru jak najkorzystniejszej oferty złożonej przez Net Marine, jedyne spośród uczestniczących wykonawców niebędącego podmiotem bezpośrednio lub pośrednio zależnym od Skarbu Państwa. Istotne jest zatem, czy powołanie się na art. 4 pkt 5b pzp zostało przez Zamawiającego należycie wykazane jako element podstawy unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 6 lub pkt 7 pzp. Przy czym, jak już wskazano to powyżej, decydujące znaczenie ma treść zawiadomienia z 6 października 2016 r., gdyż odpowiedź na odwołanie i stanowisko na rozprawie nie mogą być brane pod uwagę w zakresie, w jakim wykraczają poza uzasadnienie przekazane Wykonawcy.

Z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp wynikają następujące przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby zaistniała ta podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia: po pierwsze – wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, która, po drugie – spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego, po trzecie – nie można było przewidzieć.

Odnosnie powyższej wyszczególnionych przesłanek z uzasadnienia podanego

14

Sygn. akt KIO 1967/16

6 października 2016 r. wynika, że istotną zmianą okoliczności jest uznanie zadania objętego przedmiotem zamówienia za mające podstawowe znaczenie dla interesu bezpieczeństwa państwa, co powoduje, że według art. 4 pkt 5b pzp do prowadzonego postępowania nie

stosuje się przepisów ustawy pzp, czego nie można było przewidzieć przy wszczęciu postępowania 22 grudnia 2015 r., gdyż o podjętej w tym zakresie przez Ministra Obrony Narodowej, na wniosek Departamentu Polityki Zbrojeniowej, decyzji Zamawiający został poinformowany 6 października 2016 r.

Izba zważyła, że takie uzasadnienie nie może być uznane za wykazanie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, której Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Ponadto istotna zmiana okoliczności musi wystąpić bezpośrednio przez podjęciem czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”).

Nie można się zgodzić z tym, jakoby przywoływana przez Zamawiającego okoliczność była niemożliwa do przewidzenia. Zamawiający *de facto* niemożliwości przewidzenia zmiany okoliczności upatruje w tym, że skoro jest dysponentem środków budżetowych dalszego stopnia, a dysponent wyższego stopnia 6 października 2016 r. poinformował go o zmianach w ocenie znaczenia zamówienia dla podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, to z jego punktu widzenia jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp i musi się zastosować do otrzymanego polecenia. Z kolei na rozprawie Zamawiający podkreślał, że musiał się zastosować do otrzymanego od organu wyższego rzędu (Inspektoratu Wsparcia w Bydgoszczy) polecenia unieważnienia prowadzonego postępowania.

Nie ulegało wątpliwości Izby, że decyzyjność odnośnie wszczęcia i prowadzenia procedur o udzielenie zamówienia w takim układzie funkcjonowała nie na poziomie kierownika zamawiającego (Komendanta Portu Wojennego w Świnoujściu), ale wyżej w ramach wojskowych struktur administracyjnych. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że ponieważ zmiana sytuacji polegająca na dokonaniu oceny zamówienia jako mającego podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa została sprokuirowana przez jedną ze stron, za którą należy rozumieć szeroko rozumiany Skarb Państwa, nie może być przez tę stronę uznawana za okoliczność zewnętrzną. W ocenie Izby ta sama strona najpierw wszczęła postępowanie, zapewniając na nie odpowiednie środki finansowe i uznając że do udzielenia zamówienia stosuje się ustawę pzp, a następnie w toku postępowania

15

Sygn. akt KIO 1967/16

zdecydowała, że jednak ma ono podstawowe znaczenie dla interesu bezpieczeństwa państwa, a jego udzielenie nie podlega ustawie pzp.

Na niemożność uznawania za okoliczność zewnętrzną zamiaru zmiany koncepcji zakomunikowanej zamawiającemu przez przełożonego decydenta zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 19 września 2014 r. (sygn. akt V Ca 2123/14). Sąd ten wskazał także, że na gruncie prawa cywilnego obowiązuje przepis art. 34 kc, stanowiący, że Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nienależącego do innych państwowych osób prawnych, a zatem stanowi podmiot jednolity, reprezentowany przez różne *stationes fisci*. Stanowisko, że zmiana musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego zostało również wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga (sygn. akt IV Ca 527/11).

Według podanego Net Marine uzasadnienia jedyne co zmieniło się od chwili wszczęcia postępowania, to zmiana oceny znaczenia przedmiotu zamówienia dla bezpieczeństwa państwa. Podkreślić należy, że w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania szeroko rozumiany Zamawiający (w tym organy przełożone) oceniły, że postępowanie należy wszcząć w trybie pzp. Zamawiający potwierdził na rozprawie, że również wówczas działał na polecenie dysponenta wyższego stopnia, który jako właściwy tryb wskazał ustawę pzp w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Nie wiadomo, co w tym zakresie zmieniło się po wszczęciu postępowania, a raczej po wyborze oferty Net Marine jako najkorzystniejszej, gdyż nie wynika to z zawiadomienia o unieważnieniu ani nawet z odpowiedzi na odwołanie. Co więcej, nawet w stosunku do okoliczności wskazywanych na rozprawie, które miały stanowić podstawę

uznania zamówienia za mające podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa, nie zostało wykazane, że zaistniały dopiero po wszczęciu postępowania. Jediną zmianą jest zatem zmiana oceny, którą dokonał Zamawiający (w tym jego przełożeni), przy braku jakiegokolwiek wykazania, że wynikała ona ze zmiany okoliczności, której wcześniej nie można było przewidzieć. Niezrozumiałe jest powoływanie się przez Zamawiającego na inne uprzednio prowadzone postępowania na analogiczny przedmiot zamówienia, gdyż w stosunku do tego zadania te same organy i ten sam Zamawiający uznały za właściwe wszczęcie postępowania w trybie ustawy pzp.

Ponadto podane uzasadnienie w ogóle nie wskazuje na czym miałyby polegać brak interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia, gdyż w zakresie tej przesłanki uzasadnienie ponownie polega na odesłaniu do art. 4 pkt 5b ustawy pzp. Próba sprecyzowania tej okoliczności dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy wręcz na rozprawie nie mogła mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zamawiający

16

Sygn. akt KIO 1967/16

w żaden nie komunikował uprzednio Wykonawcy, że nie chodzi tu o kwestię samego wykonania przedmiotowego zamówienia.

W rezultacie Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu, a następnie Izbie, dokonanie oceny, na czym w istocie polega zmiana okoliczności, która miałyby powodować, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, gdyż *de facto* odesłał w tym zakresie do otrzymanego załącznika do pisma otrzymanego z Inspektoratu Wsparcia, który nie został ujawniony ani Odwołującemu, ani Izbie. Powoływanie się na rozprawie na okoliczności tam opisane należy uznać za działanie spóźnione, które nie mogło być podstawą do rozstrzygnięcia Izby o zgodności z prawem decyzji podjętej 6 października 2016 r. Jednocześnie potwierdza to, że podane uprzednio uzasadnienie było wadliwe, gdyż pomijało okoliczności dotyczące faktycznego wypełnienia przesłanek istotnej zmiany okoliczności powodującej, że dalsze prowadzenie nie leży w interesie publicznym.

Izba zważyła, że Zamawiający nie wykazał również, aby prowadzone przez niego postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli podlegało unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 146 ust. 6 pzp. W szczególności, jak trafnie wskazano w odwołaniu, nie jest nią „udzielenie zamówienia Wykonawcy, w stosunku do którego nie została dokonana ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa”. Nie jest to powód, który uprawniałby Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wnioskowania o unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z Odwołującym. Warto zauważyć, że niesporne było, że w chwili wszczęcia postępowania podlegało ono reżimowi pzp. Z drugiej strony brak sprecyzowania uzasadnienia w zakresie poprzedniej podstawy prawnej powoduje, że nie sposób stwierdzić, czy na późniejszym etapie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 4 pkt 5b pzp, czyli uprawnione jest powołanie się na wyłączenie, o którym mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Na marginesie Izba zauważyła, że odwołanie nie zawierało wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentu nadania przez Ministra Obrony Narodowej zadaniu będącego przedmiotem zamówienia klauzuli „BP”, a jedynie wniosek o przeprowadzenie dowodu z jawnej części pisma otrzymanego przez Zamawiającego z Inspektoratu Wsparcia, dla wykazania jego treści.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

17

Sygn. akt KIO 1967/16

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, zaliczając w pierwszej kolejności do tych

kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez nich koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedłożonej do zamknięcia rozprawy faktury VAT. Izba nie zasądziła jednak kosztów dojazdu i noclegu pełnomocnika Odwołującego, gdyż przedstawił w tym zakresie jedynie wystawioną przez siebie dla Zamawiającego fakturę VAT (obejmującą również koszty zastępstwa przed Izbą), zamiast rachunków wystawionych przez podmioty, które wykonały usługę przewozową i noclegową, co jest konieczne dla skutecznego wykazania poniesienia tych kosztów według § 3 pkt 2 lit. a przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....