

POSTANOWIENIE

Dnia 18 lipca 2013 roku

Sąd Okręgowy w Koszalinie VII Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: sędzia SO Tadeusz Szkudlarek (spr.)

Sędziowie: SO Wiesława Stawczyk, SO Czesław Podgórny
Protokolant: st. sekr. sądowy Izabela Wałęga

po rozpoznaniu w dniu 12 lipca 2013 roku w Koszalinie
na rozprawie

sprawy ze skargi Wojskowych Zakładów Motoryzacyjnych SA w Poznaniu
na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 24 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 822/13

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym przez
zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 4224 w Wącku

przy udziale Konsorcjum w składzie STV Group a.s. w Pradze (Czechy) i
Excalibur Army spoi. S.r.o. w Pradze (Czechy)

postanawia:

1. oddalić skargę;
2. zasądzić od skarżącego Wojskowych Zakładów Motoryzacyjnych SA w Poznaniu na rzecz zamawiającego Jednostki Wojskowej Nr 4224 w Wącku 900 zł (dziewięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego (wynagrodzenia pełnomocnika procesowego).

(-) W. Stawczyk
(-) T. Szkudlarek
(-) Cz. Podgórny-

W dniu 9 stycznia 2013 r. Jednostka Wojskowa nr 4224 w Wałczu wszczęła postępowanie, którego przedmiotem było wykonanie usługi remontu średniego bojowych wozów piechoty BWP-1, remontu głównego bojowych wozów piechoty BWP-1 i BWP-1D oraz remontu konserwacyjnego bojowych wozów piechoty BWP-1 i BWP-1D. Postępowanie zostało wszczęte w trybie przewidzianym w decyzji nr 291/MON Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz.Urz. MON nr 14, poz.179). Tegoż dnia Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej ogłoszenie o wszczęciu postępowania i warunki przetargu. Zamawiający określił wartość zamówienia netto na 36.508.130,08 zł.

Oferty złożyły dwa podmioty: Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne SA w Poznaniu oraz konsorcjum czeskich firm STV Group a.s. w Pradze i Excalibur Army spoi, s.r.o. w Pradze.

Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną i w dniu 2 kwietnia 2013 r. poinformował zainteresowanych, że najkorzystniejszą ofertą w zadaniach 1-5, ofertę z najmniejszą ceną, złożyło konsorcjum dwóch czeskich firm, więc zamawiający tę ofertę wybrał.

Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne SA w Poznaniu w dniu 10 kwietnia 2013 r. wniosły odwołanie od rozstrzygnięcia przetargu na roboty remontowe. W odwołaniu skarżące Zakłady wysunęły kilkanaście zarzutów odnoszących się m.in. do zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji zastosowania niewłaściwego trybu postępowania, zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum czeskich firm, która nie odpowiadała treści warunków przetargu, zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu czeskiego konsorcjum itd. Przy każdym, z zarzutów skarżący wymienił naruszone - jego zdaniem - przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz.759 ze zm.) oraz przepisy Dyrektywy Obronnej Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wnioskował o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości. W przypadku nieuwzględnienia tego wniosku odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, unieważnienia aukcji elektronicznej, dalej - nakazania powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, wykluczenia czeskiego konsorcjum z postępowania, ewentualnie: odrzucenia oferty tego konsorcjum i wyboru oferty odwołującego złożonej w formie pisemnej jako najkorzystniejszego.

Odwołujący powołał się też na to, że Rzeczpospolita Polska zobowiązana była do 21 sierpnia 2011 r. dokonać transpozycji Dyrektywy Obronnej, ale zrobiła to z opóźnieniem, bo z dniem 20 lutego 2013 r. Nie zwalnia to jednak organów publicznych od bezpośredniego stosowania nadających się do tego postanowień Dyrektywy Obronnej. Ponadto według odwołującego się niezgodny z prawem Unii Europejskiej jest przepis art.4 ust.1 ustawy z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane (Dz.U. 2012, poz.1271), który stanowi, że do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy [przed 20 lutego 2013 r.] stosuje się przepisy dotychczasowe. Zatem do niniejszego postępowania należało stosować wprost postanowienia Dyrektywy Obronnej oraz w/w ustawy.

Konsorcjum STV Group a.s. w Pradze i Excalibur Army spoi, s.r.o. w Pradze przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie zażądał jego

odrzućcenia, gdyż do niniejszego postępowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie mają zastosowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie postanowieniem z 24 kwietnia 2013 r. odrzuciła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne SA w Poznaniu.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba stwierdziła, że nawet przyjmując hipotetyczne założenie, iż badane postępowanie podlega przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych - jak uważa Odwołujący, a z czym Izba się nie zgadza - uznać należy, że wszystkie czynności i zaniechania Zamawiającego zostały zakwestionowane z uchybieniem terminu (z wyjątkiem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zarzutów bezpośrednio z nią związanych).

Spóźnione podnoszenie zarzutów wobec czynności, które wywarły skutki prawne w postępowaniu, i wywodzenie z nich konieczności unieważnienia postępowania - uniemożliwia rozpoznanie istoty zarzutów związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Przepis art. 182 ust.3 Prawa zamówień publicznych ustala termin 10 dni na wniesienie odwołania wobec czynności innych niż określone w art. 182 ust. 1 i 2 tegoż prawa - termin liczony od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania. Odwołujący kwestionuje zaniechanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz wadliwy wybór trybu postępowania, czyli okoliczności, o których uzyskał wiadomość w dniu zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu, udzielonego zgodnie z decyzją Ministra Obrony Narodowej - czyli kwestionuje po upływie wskazanego terminu.

Ponadto zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej. Tymczasem Odwołujący dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty zarzucił naruszenie art.29 i art.30 PZP przez dokonanie;

3'

opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny. Owa niejednoznaczność dotyczy określenia w opisie, że celem remontu jest doprowadzenie wozów bojowych do pełnej sprawności, przy czym nie zapewniono wykonawcom możliwości wcześniejszego zweryfikowania przez wykonawców zakresu prac przy wozach, gdyż nie mogli oni dokonać demontażu urządzeń. Tak samo spóźniony, bo postawiony dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, był zarzut, że naruszony został art.36 PZP przez wydanie Warunków przetargu niezgodnych z tym przepisem oraz art.42 PZP przez udostępnienie specyfikacji istotnych warunków, pomimo niedokonania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Powyższe okoliczności - w powiązaniu z faktem, że Odwołujący nie kwestionował aukcji elektronicznej w terminie przepisanej ustawą, lecz dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty - prowadzą do wniosku, że Odwołujący uważał, iż zarzucane Zamawiającemu wadliwości procedury nie godzą w jego prawa w postępowaniu tak długo, jak oczekiwał, że to on uzyska zamówienie.

Środki ochrony prawnej przewidziane w Prawie zamówień publicznych służą bieżącej korekcie czynności zamawiającego, korekcie adekwatnej do etapu postępowania, i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie postępowania o udzielenie zamówienia.

Dziwi też stanowisko Odwołującego, który mocno akcentuje konieczność unieważnienia postępowania i jednocześnie twierdzi, że dąży do uzyskania zamówienia w ramach tego postępowania. Jest to pogląd wewnętrznie sprzeczny.

Przede wszystkim jednak podnoszeniu zarzutów wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, sprzeciwia się art.189 ust.2 pkt 1 PZP, albowiem w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Przepis art.4 ust.1 ustawy z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych [...] stanowi bowiem, że do że do postępowań wszczętych i niezakończonych przed dniem jej wejścia w życie (tj. przed dniem 20 lutego 2013 r.) stosuje się przepisy dotychczasowe. Zamawiający wykazał, że przedmiotem niniejszego postępowania są usługi dotyczące sprzętu znajdującego się „Wykazie zadań o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności kraju” - załączniku Nr 1 do Decyzji nr 6/MON z 9 stycznia 2012 r. w sprawie zadań o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności Państwa (zmienionej decyzją nr 165/MON z 31 maja 2012 r.). W oparciu o to Zamawiający wywodził, że nie mogą się stosować do tego postępowania przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym zarówno w dacie wszczęcia postępowania, jak i w brzmieniu zmienionym nowelą z 12 października 2012 r. - na podstawie art.4 pkt 3f (w odniesieniu do starego brzmienia) i art.4 pkt 5b PZP (w odniesieniu do nowego brzmienia).

Słuszności tego poglądu Odwołujący nie podważał merytorycznie, lecz wyłącznie przez stwierdzenie, że w takiej sytuacji Zamawiający nie mógł stosować procedury przetargu oraz powinien udzielić zamówienia wykonawcy polskiemu. Według Zamawiającego art.4 ust.1 noweli z 12 października 2012 r. do Prawa zamówień publicznych należy uznać za nieważny ex lege jako sprzeczny z Dyrektywą Obronną. Wobec tego do niniejszego zamówienia należy stosować postanowienia Dyrektywy Obronnej oraz Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed 20 lutego 2013 r.

Z tymi dwiema tezami Izba się nie zgodziła. Podkreśliła tu, że usługi będące przedmiotem postępowania były i są wyłączone spod reżimu PZP, zaś regulacje Dyrektywy obronnej nie nadają się do bezpośredniego stosowania w zakresie formułowania takich zarzutów, jakie wysunięto w niniejszej sprawie, chociażby w zakresie poświadczenia dokumentów lub wskazania podmiotu przeprowadzającego aukcję. Zatem rozstrzyganie o tych zarzutach na podstawie PZP stanowiłoby orzekanie contra legem.

Z tych wszystkich względów Izba na podstawie art. 189 ust.2 pkt 1 i 3 PZP odrzuciła odwołanie.

Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne SA w Poznaniu wniosły skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w której postawiły sześć zarzutów naruszenia prawa materialnego bądź procesowego:

1. art. 189 ust.1 pkt 1 PZP przez bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy ustawa Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie w sprawie;
2. art.55 i nast. oraz art.72 Dyrektywy Obronnej z 13 lipca 2009 r. poprzez pozbawienie skarżącej spółki środków ochrony prawnej przewidzianej w tych przepisach;
3. art.4 pkt 3 lit.f PZP w związku z art.296 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [obecnie art.4 pkt 5b PZP w związku z art.346 Traktatu] - poprzez przyjęcie, że te przepisy pozwalają na wyłączenie zamówień obronnych spod działania PZP w dowolnym celu;
4. art. 189 ust.1 pkt 3 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy w odwołaniu zaskarżono także te czynności Zamawiającego,

co do których bezsporne jest, że zostały zakwestionowane w terminie;

5. art. 189 ust.1 pkt 3 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania z powołaniem się na fakt wskazania w odwołaniu wadliwych czynności z wstępnego etapu postępowania, co było według Izby spóźnione na etapie odwołania, ale Izba nie wzięła pod uwagę tego, że wadliwość tych czynności uniemożliwia zawarcie prawnie skutecznej umowy, będącej wynikiem postępowania - co w konsekwencji powinno skłonić Izbę do unieważnienia całego postępowania;

6. art. 190 ust.9 PZP przez niewłaściwie zastosowanie, polegające na działaniu niezgodnym z interesami obronności i bezpieczeństwa państwa.

Powołując się na te zarzuty, skarżąca spółka wniosła o uchylenie w całości

orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, merytoryczne rozpoznanie odwołania i w jego konsekwencji: a) unieważnienie postępowania oraz b) unieważnienie

umowy zawartej przez JW 4224 w Wałczu z konsorcjum STV Group a.s. w Pradze i Excalibur Army spoi, s.r.o. w Pradze.

Wnioski ewentualne w razie nieuwzględnienia powyższych żądań:

- a) unieważnienie zawartej w wyniku postępowania nr 232/2012 umowy między JW 4224 w Wałczu i konsorcjum dwóch czeskich firm z Pragi;
- b) nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert,
 - unieważnienia aukcji elektronicznej,
 - powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert,
 - wykluczenia konsorcjum dwóch czeskich firm z Pragi,
 - wyboru oferty Skarżącej spółki złożonej w formie pisemnej.

Ponadto Skarżąca wniosła o zasądzenie od Zamawiającego na jej rzecz kosztów postępowania skargowego i odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pełnomocniczki Zamawiającego (dwie radczynie prawne i pracownica cywilna jednostki wojskowej) na rozprawie sądowej wniosły o oddalenie skargi i zasądzenie od Skarżącej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pełnomocnik konsorcjum dwóch czeskich firm na rozprawie apelacyjnej także wniósł o oddalenie skargi, a ponadto poinformował, że Zamawiający zawarł z konsorcjum umowę, która została zrealizowana w około 80 %.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Kwestią zasadniczą dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, czy do zamówienia nr 232/2012 mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotem tego zamówienia były usługi remontów średnich, głównych i konserwacyjnych bojowych wozów piechoty, czyli remontu sprzętu--.^ wojskowego znajdującego się w Wykazie zadań o podstawowym znaczeniu dla .

bezpieczeństwa i obronności kraju. Ten wykaz stanowi Załącznik nr 1 do Decyzji nr 6/MON z 9 stycznia 2012 r. w sprawie zadań o podstawnym

znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności. Wykaz dotyczy zadań rzeczowych, które obejmują m.in. zamierzenia z zakresu modernizacji technicznej realizowane w ramach centralnych planów rzeczowych na podstawie Decyzji nr 7/MON, przywołanej w § 14 Decyzji 291/MON z 26 lipca 2006 r. Na podstawie tej ostatecznej decyzji zostało wszczęte postępowanie w niniejszej sprawie.

Do dnia 19 lutego 2013 r. obowiązywał przepis art.4 pkt 3 lit. „f” PZP, który wyłączał spod działania przepisów ustawy dostawy i usługi, do których stosuje się art.296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Przepis art.296 zezwalał państwom członkowskim na podejmowanie środków, które one uznają za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. Do tych środków należało m.in. zwolnienie zamówień publicznych w dziedzinie obronności spod regulacji rynku wewnętrznego (u nas: spod ustawy PZP) oraz od stosowania dyrektyw unijnych, w tym Dyrektywy Obronnej. W Polsce do wymienionego dnia sposób udzielania zamówień w dziedzinie obronności przez komórki organizacyjne Ministerstwa Obrony Narodowej oraz jednostki mu podległe był określony w przepisach decyzji nr 291 MON z 26 lipca 2006 r.

Stan prawny w omawianym przedmiocie zmienił się z dniem 20 lutego 2013 r.; tego dnia weszła w życie ustawa z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych [...] (Dz.U. z 2012 r., poz.1271), która m.in. włączyła do regulacji polskiego prawa zamówień publicznych zasady określone w Dyrektywie Obronnej nr 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. Z przepisów tej noweli wynika, że od dnia jej wejścia w życie znacznie ograniczona jest możliwość wyłączenia od stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych dostaw i usług z dziedziny obronności. Przepis art.4 ust.3 lit. „f” przestał obowiązywać, a w jego miejsce pojawił się przepis art.4 ust.5b PZP stanowiący, że ustawy nie stosuje się do 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. Przy wykładni tego przepisu można przyjąć, że również zamówienia, których przedmiotem są usługi remontowe sprzętu wojskowego ujętego w wykazie, mogą być wyłączone z zakresu stosowania przepisów PZP, o ile łączyć się będą z podstawowym interesem bezpieczeństwa Państwa. Zamawiający twierdzi, że właśnie przepis art.346 Traktatu był podstawą do oznaczenia przedmiotu zamówienia symbolem BP (uzbrojenie i sprzęt wojskowy o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności państwa), zatem zarówno przed 20 lutego 2013 r., jak i od tego dnia przedmiot zamówienia jest wyłączony spod działania PZP. Jest to pogląd dyskusyjny. Wszakże nawet jeśli pod rządem obecnych przepisów przedmiot zamówienia taki, jak w niniejszej sprawie, nie byłby wyłączony spod regulacji PZP, to należy mieć na uwadze art.4 ust.1 ustawy nowelizującej z 12 października 2012 r. Przepis ten nakazuje stosować przepisy dotychczasowe do postępowań wszczętych przed dniem 20 lutego 2013 r. Odnosi się on do wszelkich postępowań, a więc zarówno postępowań wszczętych na podstawie ustawy PZP, jak i postępowań wszczętych w oparciu o Decyzję 291/MON z 26 lipca 2006 r..

Błędny jest pogląd skarżącego, że wobec sprzeczności przepisu art.4 ust.1 noweli do PZP z Dyrektywą Obronną WE do niniejszego zamówienia można bezpośrednio stosować tę dyrektywę. Poza tym stosowanie Dyrektywy wyklucza jednocześnie stosowanie ustawy PZP, ale skarżący tej sprzeczności w swoim stanowisku nie zauważa i w zarzutach, wnioskach i uzasadnieniu skargi odwołuje się do wielu przepisów PZP. Słusznie Zamawiający uważa, że Dyrektywa Obronna nie nadaje się do bezpośredniego stosowania, zarówno co do procedury postępowania, jak i w odniesieniu do rozstrzygnięcia w sposób konkretny o zarzutach wobec orzeczenia tej Izby. Postanowienia Dyrektywy w tym zakresie nie są wystarczająco precyzyjne i bezwarunkowe. Dyrektywa ma charakter wytycznych dla państwa członkowskich co do tego, jakie istotne

rozwiązania powinny być zawarte w ich ustawach regulujących zamówienia publiczne w odniesieniu do dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Zresztą, przepis art.2 Dyrektywy mówi,, że stosuje się ją do zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiot został określony w czterech podpunktach, ale z zastrzeżeniem art.30, 45, 46, 55 i 296 Traktatu.

W konsekwencji powyższych rozważań uznać należało, że słusznie Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust.2 pkt 1 PZP. Z tego względu rozpatrywanie pozostałych zarzutów skarżącej spółki jest bezprzedmiotowe.

Mając to na uwadze, Sąd Okręgowy oddalił skargę (art. 198f ust.2 PZP).

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art.198f ust.5 PZP.

za'am

c