

WYROK

z dnia 01 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Luiza Łamejko
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę: Net

Marine - Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komenda Portu Wojennego Gdynia,
Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Net

Marine - Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin

tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin na rzecz zamawiającego: Komenda Portu Wojennego Gdynia, Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Portu Wojennego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, jako zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na „Naprawę główną i dokową 266”. Ogłoszenie o zamówieniu: 2017/S 129-264896 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lipca 2017 r.

W dniu 2 lutego 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp. Unieważniając postępowanie Zamawiający powołał się na informację wskazującą, że zadania będące przedmiotem zamówienia zostały uznane za zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, a tym samym, na podstawie art. 4 ust. 5b Pzp, nie stosuje się do nich przepisów ustawy. Zamawiający uznał, że nie istnieje dalsza możliwość kontynuowania postępowania i dokonał jego unieważnienia.

Wykonawca Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o., z siedzibą w Szczecinie wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez 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 Pzp, poprzez 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 Pzp, poprzez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek ku temu, jak również unieważnienie postępowania w oparciu o ten przepis po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wyjaśnił, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że unieważnienie postępowania pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący został w dniu 28.09.2017 zawiadomiony o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i uzyskał informację, że został dopuszczony do udziału w postępowaniu. Unieważnienie postępowania, celem przeprowadzenia go w trybie określonym decyzją 376/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 (D.Urz. MON z 2015r., poz. 265) pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

1. Zarzut dotyczący wyłączenia stosowania ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że zarówno art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jak również będący jego odpowiednikiem w prawie krajowym art. 4 ust. 5b Pzp, posługują się pojęciami produkcji i handlu bronią, a nie remontów broni. Przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest ani produkcja, ani zakup, a jedynie naprawa główna i dokowa 266. W ocenie Odwołującego, już z tego powodu wyłączone jest stosowanie do przedmiotowego postępowania przepisu art. 4 ust. 5b i tym samym wyłączenie zamówienia ze stosowania ustawy Pzp. Żaden przepis, zarówno w prawie UE, jak i prawie krajowym, nie precyzuje pojęcia produkcji i handlu bronią, w szczególności nie wskazuje, że rozumienie tych pojęć powinno być różne od słownikowej definicji. Ponadto, art. 346 TFUE stanowi wyjątek od zasady konkurencyjności wyrażonej w TFUE (art. 101-109 TFUE, art. 120 TFUE oraz protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji). Analogiczna sytuacja ma miejsce do przepisu art. 4 ust. 5b, który stanowi wyjątek od zasady stosowania ustawy Pzp przez podmioty sektora publicznego. Przepisy te, jako wyjątki powinny być interpretowane ściśle, a tym samym nie sposób jest przyjąć, aby możliwa była rozszerzająca wykładnia pojęcia produkcji lub handlu na pojęcie remontu.

Ponadto, przepis art. 4 ust. 5b dotyczy dostaw w rozumieniu 2 pkt 2 Pzp, a nie usług, a więc nie jest możliwe jego zastosowanie go do usługi remontu głównego i dokowego 266.

Na poparcie tej tezy Odwołujący przytoczył wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 marca 2010 r. sygn. akt: C-38/06 w sprawie Komisja Europejska v. Republika Portugalska, zgodnie z którym: „Chociaż do państw członkowskich należy podjęcie środków zmierzających do zagwarantowania ich bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, nie wynika z tego, że takie środki nie są wcale objęte zastosowaniem prawa Unii. Traktat ustanawia wyraźne odstępstwa mające zastosowanie w okolicznościach zagrażających bezpieczeństwu publicznemu wyłącznie w art. 30 WE, 39 WE, 46 WE, 58 WE, 64 WE, 296 WE i 297 WE, które odnoszą się do wyjątkowych i w wyraźny sposób ograniczonych przypadków. Z artykułów tych nie można wysnuć wniosku, że traktat zawiera na stałe wpisany weń ogólny wyjątek wyłączający wszelkie środki podejmowane ze względów

bezpieczeństwa publicznego z zakresu prawa Unii. Uznanie istnienia takiego wyjątku, bez względu na określone w traktacie szczególne wymogi, mogłoby zagrozić wiążącemu charakterowi prawa Unii i jego jednolitemu stosowaniu.”

2. Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, na który powołał się Zamawiający, dla unieważnienia postępowania konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek:

- a) wystąpienie istotnej zmiany okoliczności,
- b) brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia,
- c) brak wcześniejszej możliwości przewidzenia tej okoliczności.

Udowodnienie zaistnienia tych przesłanek obciąża Zamawiającego i konieczne jest już na etapie unieważnienia postępowania, z uwagi na zakaz modyfikacji zarzutów odwołania wynikający z art. 192 ust. 7 Pzp. Stanowisko powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2015 r. wydanym w sprawie KIO 2834/14. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych spoczywa na zamawiającym. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć kumulatywnie, a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki zarówno braku interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania, jak również przesłanki niemożności przewidzenia okoliczności będącej podstawą unieważnienia.

Z pisma Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania w żaden sposób nie można wywnioskować, w jaki sposób, w przypadku kontynuowania postępowania, mógłby zostać naruszony interes publiczny. Wskazać należy, że sam fakt zakwalifikowania okrętu 266, jako kluczowego dla bezpieczeństwa państwa, nie wyłącza konieczności jego remontu, jak również wyłączenia jego wykonania przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, 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. Każdy z tych podmiotów jest zatem 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. Nie sposób jest w związku z powyższym przyjąć, aby wykonanie remontu okrętu przez inny podmiot, leżało w interesie publicznym. Zauważyć też należy, że Zamawiający w żaden sposób nie starał się uzasadnić wystąpienia tej przesłanki unieważnienia postępowania, powołując się wyłącznie na pismo Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z dnia 11 stycznia 2018 r., które w swojej treści także nie wskazuje istnienia interesu publicznego. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał też, aby nie był w stanie przewidzieć możliwości wystąpienia zmiany okoliczności, ograniczając się jedynie do wskazania daty pisma Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych.

3. Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Odwołującego, nie sposób jest uznać, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że na etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał weryfikacji możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego, również pod kątem posiadania uprawnień do remontów sprzętu wojskowego, w szczególności weryfikując posiadaną koncesję, jak również doświadczenie w remontach okrętów oraz posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Tym samym Odwołujący spełnia wszelkie wymogi dotyczące bezpieczeństwa interesu państwa, w tym samym stopniu co pozostali wykonawcy. Zwrócić uwagę należy, że decyzją 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 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto pozwala na dokonanie oceny zdolności wykonawcy pod kątem oceny informacji niejawnych, poprzez przedłożenie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także, że posiada świadectwo

bezpieczeństwa przemysłowego w stopniu wymaganym dla wykonania remontu okrętu, czego przejawem było zaproszenie go do składania ofert.

Polemizując z argumentacją Zamawiającego, dotyczącą oceny wykonawcy pod kątem występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, Odwołujący 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 pozostaje bezzasadny. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok o sygn.. akt KIO 912/15, KIO 2832/14.

Odwołujący podkreślił, że uznanie remontu okrętu 266 jako zadania o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, abstrahując od wskazanej powyżej argumentacji, mogłoby powodować unieważnienie postępowania wyłącznie w okresie jego trwania, natomiast w przedmiotowym przypadku zamówienie to uzyskało taki status dopiero po jego zakończeniu.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że sprawa oparta na analogicznym stanie faktycznym była już przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. złożyła odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania w oparciu o przepisy art. 93 ust. 1 pkt 6 i 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do decyzji Zamawiającego - Komendy Portu Wojennego w Świnoujściu. Podstawą unieważnienia postępowania było zaakceptowanie wniosku Zamawiającego o występowaniu podstawowego interesu bezpieczeństwa Państwa w odniesieniu do remontu głównego i dokowego OTRM 824. Sprawa była rozpoznawana przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1967/16. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, która nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w całości potwierdziła argumentację Odwołującego, zbieżną z argumentacją wskazaną w przedmiotowej sprawie. Odwołujący wskazał, że stan faktyczny różnił się tym, że czynność unieważnienia została dokonana już po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, niemniej jednak niezależnie od tego, czy czynność ta została dokonana po wyborze oferty najkorzystniejszej, czy przed składaniem ofert, Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, a przesłanki unieważnienia postępowania są takie same. Od wskazanego powyżej wyroku KIO zamawiający - Komenda Portu Wojennego Świnoujście - złożył skargę, która rozpoznawana była przez Sąd Okręgowy w Szczecinie. Wyrokiem z dnia 7 marca 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: II Ca 1613/16 Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił skargę. Sąd w całości podzielił argumentację wskazaną w orzeczeniu Izby. Dodatkowo Sąd Okręgowy podkreślił, że zarówno dokonujący oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa Państwa, jak i zamawiający, są jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa. Tym samym to Skarb Państwa sensu largo zarówno podejmuje decyzje będącą podstawą unieważnienia postępowania, jak również unieważnia postępowanie. Takie zachowanie zostało przez Sąd uznane za niedopuszczalne. Odwołujący w pełni podziela argumentację wskazaną zarówno przez Izbę w wyroku KIO 1967/16 jak i Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku II Ca 1613/16.

Pismem z dnia 26 lutego 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z

dokumentu - zatwierdzonego przez Ministra Obrony Narodowej wniosku o dokonanie oceny

występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa dla zadania będącego przedmiotem zamówienia, o klauzuli „Zastrzeżone” załączonego do kopii dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego za pismem nr Z-82/18 z dnia 15 lutego 2018 r.

W pierwszej kolejności Zamawiający uznał za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 4 pkt 5b Pzp. Wskazał, że wyłączenie stosowania ustawy Pzp, o którym mowa w tym przepisie

dotyczy zamówień, których przedmiotem jest produkcja lub handel bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Zamawiający podniósł, że pomimo braku w prawie unijnym jak i krajowym definicji legalnej pojęcia „produkcja”, to w pojęciu tym mieści się zarówno działalność wytwórcza/dostawa broni, amunicji lub materiałów wojennych (sprzętu wojakowego -SpW), jak i wykonywanie napraw/remontów SpW, będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP. Wynika to z definicji legalnej pojęcia „wytwarzanie” zawartej 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 2017 poz. 290 ze zm.), treści art. 4c Pzp oraz aktów prawnych/dokumentów unijnych i krajowych, a także orzecznictwa KIO (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 866/16).

Ponadto, przepis art. 4c Pzp zawierający upoważnienie dla Rady Ministrów do

określenia w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej (...), trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, jednoznacznie wskazuje „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, również Departament Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, który w piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r. uznał, 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 powyższe rozumienie produkcji (wytwarzania) broni, amunicji lub materiałów wojennych wskazuje także stanowisko Komisji Europejskiej zawarte w pkt 53 Noty wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa dostaw, która odnosi się do zakupionego sprzętu, jak i usług: „Zakupiony sprzęt/usługa (...)” „(...) konserwacji, serwisu w trakcie użytkowania”.

Zdaniem Zamawiającego, wbrew twierdzeniu Odwołującego, objęcie zadania będącego przedmiotem przetargu klauzulą występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa oznaczało, że dalsze prowadzenie postępowania w trybie przewidzianym ustawą Pzp nie leżałoby w interesie publicznym. W interesie publicznym zawsze będzie leżało zapewnienie ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, zgodnie z treścią wniosku pozytywnie ocenionego przez Ministra Obrony Narodowej. Zamawiający wyjaśnił, że wszczynając postępowanie w dniu 8 lipca 2017 r. nie dysponował wiedzą i nie mógł przewidzieć, że dla przedmiotowego zamówienia w dniu 9 stycznia 2018 r. zostanie dokonana ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, przez organ: Ministra Obrony Narodowej, na który Zamawiający nie miał żadnego wpływu. Okoliczności tej nie zmienia fakt, że w czasie prowadzonego postępowania w dniu 29 września 2017 r. Zamawiający został poinformowany przez Centralny Organ Logistyczny - Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, jako właściwy organ powołany do inicjowania procesu kwalifikowania zadania, jako istotnego dla podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, zgodnie z decyzją Nr 92/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie szczególnego trybu postępowania w zakresie kwalifikowania zamówień i oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. MON z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.). Z istoty dokonanej oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa i zaistnienia przesłanek wyłączenia stosowania ustawy Pzp do tego zamówienia wynika, że kontynuowanie postępowania bez zastosowania właściwej podstawy i trybu nie jest możliwe na gruncie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający wskazał na orzeczenia KIO z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 866/16, z dnia 23 marca 2017 r. sygn. akt KIO 457/17. Zamawiający podkreślił, że wyłączenie niektórych zamówień spod režimu ustawy Pzp jest środkiem, jaki podjęło Państwo, reprezentowane przez uprawniony organ, jakim jest Minister Obrony Narodowej, w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz. U. poz. 233) wydanego na podstawie upoważnienia zawartego w art. 4c Pzp. Uzasadnienie dla zastosowania art. 4 pkt 5b Pzp wyłączającego stosowanie ustawy do przedmiotowego zamówienia, o którym mowa w art. 346 TFUE stanowi okoliczność, że „zamówienie musi być udzielone konkretnym wykonawcom krajowym, w celu utrzymania krajowego potencjału przemysłu obronnego, ponieważ państwo uznaje za niezbędną dla swoich istotnych interesów bezpieczeństwa posiadanie krajowego przemysłowego potencjału obsługowo-naprawczego SpW, jakimi są okręty wojenne będące na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP.” Przedsiębiorcy (wykonawcy) wskazani w ocenie występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa określani są z uwzględnieniem budowy narodowego potencjału przemysłu obronnego w związanej z tym możliwości oddziaływania przez organy organizujące i nadzorujące wykonywanie zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz. U. Nr 122 poz. 1320 z późn. zm.) w czasie pokoju, a szczególnie w sytuacji kryzysowej w tym wojny. Następuje to w oparciu o przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, o których mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 3 listopada 2015 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 1871 z późn. zm.) do których nie zalicza się wykonawca wnoszący odwołanie. W związku z powyższym, zastosowanie przepisów ustawy Pzp prowadziłoby do naruszenia istotnych interesów bezpieczeństwa państwa, gdyż nieudzielenie zamówienia dla ww. wykonawców w rzeczywistości prowadziłoby do niemożności utrzymania zdolności potencjału przemysłowego w tym obszarze, koniecznego dla zabezpieczenia potrzeb Sił Zbrojnych RP.

W zakresie zasad i trybu udzielenia przedmiotowego zamówienia, w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit.b

TFUE, do którego nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, zastosowanie mają wytyczne dotyczące udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa, stanowiące załącznik do 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 (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. Poz. 265). Zgodnie z § 3 ww. wytycznych, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia uwzględniając wymagania dotyczące ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, zawarte we wniosku pozytywnie ocenionym Ministra Obrony Narodowej (...).

W związku z powyższym rozstrzygające znaczenie dla dalszego toku prowadzonego postępowania, a tym samym zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania, przy spełnieniu pozostałych przesłanek, ma dokonana przez Ministra Obrony Narodowej ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. W tej sytuacji Zamawiający miał obowiązek unieważnić postępowanie również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że okręt wojenny wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym, który był przedmiotem prowadzonego postępowania został wymieniony w poz. 9 Wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętego decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r., o którym mowa w art. 346 ust. 2 TFUE. Rada opublikowała Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej, przyjęta przez Radę w dniu 6 marca 2017 r. (Dz. U. UE L. 2017.70.1), w którym poz. ML9 a.1 określa Wojenne jednostki pływające (...), (takie jak: jednostki pływające 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. Opis ten odpowiada przedmiotowi zamówienia jakim jest okręt wojenny 266.

Udzielenie tego zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp nie wpłynie również na warunki konkurencji w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Okręt wojenny jest sprzętem typowo wojskowym, niemającym odpowiednika na rynku cywilnym i przez to nie może on konkurować z jakimikolwiek produktami, które nie są przeznaczone do celów wojskowych.

W ocenie Zamawiającego, błędne jest opieranie uzasadnienia odwołania w niniejszej sprawie na wyroku KIO z dnia 7 listopada 2016 r. sygn.. akt KIO 1967/18 oraz wyroku Sadu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2017 r. sygn.. akt II Ca 1813/16. W ocenie Zamawiającego, tezy powyższych orzeczeń budzą uzasadnione wątpliwości i nie mogą być odnoszone do niniejszego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że unieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, pomimo, że został dopuszczony do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Naprawa główna i dokowa 266” w trybie przetargu ograniczonego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na własnej stronie internetowej w dniu 7 lipca 2017 r., tj. po przekazaniu ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2017 r. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dz.U. Unii Europejskiej nastąpiła w dniu 8 lipca 2017 r. pod nr 2017/S 129-264896. W dniu 25 lipca 2017 r. nastąpiło opublikowanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 140-288730 w zakresie przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 8 sierpnia 2017 r. o godz. 13.30. Wnioski zostały złożone przez czterech wykonawców, w tym Odwołującego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została przekazana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert w dniu 28 września 2017r.

W dniu 29 września 2017 r. Zamawiający został poinformowany przez Centralny Organ Logistyczny - Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych RP o podjęciu działań w celu dokonania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa dla przedmiotowego zadania. W reakcji na powyższe zawiadomienie Zamawiający poinformował wykonawców o wstrzymaniu prowadzonej procedury, jednocześnie przesuwając termin składania ofert do dnia 15 stycznia 2018 r., a następnie do dnia 15 lutego 2018 r.

W dniu 11 stycznia 2018 r. Zamawiający otrzymał od Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych RP informację, że Minister Obrony Narodowej zatwierdził w dniu 9 stycznia 2018 r. wniosek zespołu ds. wypracowania rekomendacji występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, w którym zadanie będące przedmiotem niniejszego postępowania zostało uznane za zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Wniosek ten został opatrzony klauzulą „Zastrzeżone” w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia

2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 412).

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 2 lutego 2018 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp. Unieważnienie postępowania nastąpiło w celu przeprowadzenia go w trybie określonym decyzją 376/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 (D.Urz. MON z 2015 r., poz. 265).

Biorąc pod uwagę ustalone powyżej okoliczności, Izba zważyła, jak poniżej.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 4 pkt 5b Pzp, poprzez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek ku temu, jak również unieważnienie postępowania w oparciu o ten przepis po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak zgodnie twierdziły obie strony, zarówno przepis art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i art. 4 ust. 5b Pzp, posługują się pojęciami produkcji i handlu bronią, które to pojęcia nie zostały ustawowo zdefiniowane - nie posiadają definicji legalnej. Wyłączenie stosowania ustawy Pzp, o którym mowa w art. 4 pkt 5b Pzp dotyczy zamówień, których przedmiotem jest produkcja lub handel bronią, amunicją lub materiałami wojennymi.

Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego, że pomimo braku w prawie unijnym i krajowym definicji legalnej pojęcia „produkcja”, to w pojęciu tym mieści się zarówno działalność wytwórcza/dostawa broni, amunicji lub materiałów wojennych (sprzętu wojskowego - SpW), jak i wykonywanie napraw/remontów SpW, będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP. Wynika to z definicji legalnej pojęcia „wytwarzanie” zawartej 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 2017 poz. 290 ze zm.), a także treści art. 4c Pzp. Przepis art. 4c Pzp zawierający upoważnienie dla Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej (...), trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, jednoznacznie odnosi się do „dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.” Potwierdza powyższe także stanowisko Departamentu Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, wyrażone w piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r., zgodnie z którym, czynności polegające na naprawach lub remontach wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym należy zakwalifikować do działalności związanej z wytwarzaniem. Na powyższe rozumienie pojęcia produkcji (wytwarzania) broni, amunicji lub materiałów wojennych wskazuje także stanowisko Komisji Europejskiej zawarte w pkt 53 Noty wyjaśniającej

dotyczącej bezpieczeństwa dostaw, które odnosi się do zakupionego sprzętu, jak i usług:

„Zakupiony sprzęt/usługa (...)” „(...) konserwacji, serwisu w trakcie użytkowania”.

W świetle powyższego należało uznać, że przedmiot niniejszego zamówienia - „naprawa główna i dokowa 266” wchodzi w zakres pojęcia produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o którym mowa w art. 4 ust. 5b Pzp, a zatem przepis ten ma zastosowanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Niezależnie od powyższego, nie potwierdziła się teza prezentowana przez Odwołującego, że postępowanie zostało unieważnione po jego zakończeniu. Jak wynika z

dokumentacji tego postępowania, unieważnienie postępowania zostało dokonane przez Zamawiającego na etapie zaproszenia wykonawców do składania ofert, a zatem jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez 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.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zgodnie z tym przepisem, unieważnienie postępowania może zatem nastąpić w sytuacji łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- wystąpienie istotnej zmiany okoliczności,
- braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia,
- braku wcześniejszej możliwości przewidzenia tej okoliczności.

Nie budzi wątpliwości fakt, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania zaistnienia tych przesłanek.

W ocenie Izby, Zamawiający w niniejszym postępowaniu wykazał zaistnienie ww. przesłanek, w szczególności braku interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania, jak również przesłanki niemożności przewidzenia okoliczności będącej podstawą unieważnienia, kwestionowanych przez Odwołującego.

Przedmiot zamówienia - planowana naprawa główna i dokowa 266 dotyczy sprzętu wojskowego odpowiadającego sprzętowi wymienionemu we wspólnym Wykazie Uzbrojenia Unii Europejskiej sporządzonemu przez Radę. Z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania wynika, że istotną zmianą okoliczności jest uznanie zadania objętego przedmiotem zamówienia za zadanie mające istotne znaczenie dla podstawowego 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, gdyż o podjętej w tym zakresie przez Ministra Obrony Narodowej decyzji Zamawiający został poinformowany dopiero w dniu 11 stycznia 2018 r.

Zamawiający miał obowiązek uznać przedmiotowe zamówienie za zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa na podstawie dokumentu -

zatwierdzonego przez Ministra Obrony Narodowej wniosku o dokonanie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w stosunku do tego zadania. Zatwierdzenie przez Ministra Obrony Narodowej wniosku w zakresie występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa w odniesieniu do tego zamówienia nastąpiło zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi w zakresie stosownych w tym zakresie procedur. Ocena Ministra Obrony Narodowej, że przy udzieleniu tego zamówienia należy uwzględnić wymagania dotyczące ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, z uwzględnieniem wszystkich warunków wynikających z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, determinuje 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 wyłącza możliwość zastosowania ustawy Pzp. Zgodnie z § 3 ww. wytycznych, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia uwzględniając wymagania dotyczące ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, zawarte we wniosku pozytywnie ocenionym Ministra Obrony Narodowej (...). Wyłączenie niektórych zamówień spod reżimu ustawy Pzp jest bowiem działaniem uprawnionym w świetle art. 346 TFUE. Podkreślić należy przy tym, że badanie zasadności nadania danemu zadaniu klauzuli o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa przez organy ustawowo do tego powołane nie leży w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Badaniu może podlegać jedynie spełnienie warunków określonych w art. 346 TFUE dla wyłączenia zamówienia spod reżimu ustawy Pzp.

Zgodnie zatem 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 Pzp, umożliwiając powierzenie zamówienia podmiotom, które zapewnią zabezpieczenie interesów wymienionych w dokonanej ocenie.

Objęcie zadania będącego przedmiotem zamówienia klauzulą o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa oznacza jednocześnie, że prowadzenie postępowania w trybie przewidzianym ustawą Pzp nie leży w interesie publicznym. Jednocześnie decyzja Ministra Obrony Narodowej w kwestii zatwierdzenia wniosku w tym zakresie stanowi okoliczność nową, której Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Decyzja ta zapadła w ramach stosownej procedury, wszczętej bez zaangażowania i jakiegokolwiek wpływu (działania) ze strony Zamawiającego.

Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, 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. Okręt wojenny jest sprzętem typowo wojskowym, niemającym odpowiednika na rynku cywilnym, a zatem nie może być przedmiotem konkurencji z produktami, które nie są przeznaczone do celów wojskowych.

W ocenie Izby, słuszne jest uznanie w danym stanie faktycznym, że wystąpiła w niniejszej sprawie istotna zmiana okoliczności, której Zamawiający nie mógł wcześniej (tj. przed wszczęciem postępowania) przewidzieć. Jest to zmiana okoliczności, która ma charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec strony postępowania, którą jest Zamawiający. Zauważyć należy, że Zamawiający należy do *stationes fisci*, tj. jednostek organizacyjnych reprezentujących Skarb Państwa. Zakres tej reprezentacji mieści się wyłącznie w ramach nadanych mu kompetencji, określonych w ustawie. Zatem nie można uznać, że Port Wojenny w Gdyni i Minister Obrony Narodowej stanowią jedną i tę samą stronę postępowania (Zamawiającego) w rozumieniu ustawy Pzp (art. 2 pkt 12). W ocenie Izby, stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie

jest szeroko rozumiany Skarb Państwa lecz konkretna jednostka, reprezentująca Skarb Państwa w określonym zakresie. Zatem w stosunku do tej jednostki, inna jednostka organizacyjna lub organ reprezentujący Skarb Państwa, jest organem/jednostką niezależną

(działającą tylko w zakresie ustawowo określonych kompetencji) i odrębną, wobec czego należy uznać, że podejmowane przez te jednostki decyzje w zakresie ustawowo określonych kompetencji, stanowią wzajemnie okoliczności zewnętrzne. Nie można więc uznać, że

decyzja Ministra Obrony Narodowej o zatwierdzeniu wniosku odnośnie oceny przedmiotowego zadania pod kątem występowania istotnego znaczenia dla podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, jest decyzją własną Zamawiającego lub że Zamawiający mógł choćby przewidzieć, że taka decyzja i taka ocena zostanie w tej sprawie podjęta, skoro leży ona w kompetencjach innego organu.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez 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, również nie zasługuje na uwzględnienie.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu wówczas, gdy zostałaby zawarta z wykonawcą pomimo wyłączenia przedmiotu zamówienia spod przepisów ustawy Pzp. Fakt, że na etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał oceny możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez Odwożącego, m.in. pod kątem posiadania uprawnień do remontów sprzętu wojskowego, w szczególności weryfikując koncesję posiadaną przez Odwołującego, jak również doświadczenie w remontach okrętów oraz posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego nie upoważnia Zamawiającego do kontynuowania postępowania w trybie określonym ustawą Pzp, w sytuacji, gdy zamówienie zostało wyłączone ze stosowania tej ustawy.

Okoliczność, że regulacja Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. (Dz. Urz. MON z 2015 r. poz. 265) jest w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu analogiczna do postanowień ustawy Pzp, w brzmieniu na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz pozwala na dokonanie oceny zdolności wykonawcy pod kątem dostępu do informacji niejawnych, poprzez przedłożenie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, nie jest równoznaczna z możliwością zamiennego stosowania tych procedur. Zatem fakt, że wykonawca w przedmiotowym postępowaniu wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie oznacza zatem, że może realizować to zadanie w trybie decyzji Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. (Dz. Urz. MON z 2015 r. poz. 265), co podnosił Odwołujący.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego, że

uznanie remontu okrętu 266 za zadanie o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa mogłoby powodować unieważnienie postępowania wyłącznie w okresie jego trwania, natomiast w przedmiotowym przypadku zamówienie to uzyskało taki status dopiero po jego zakończeniu. Etap oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest etapem kończącym postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. Jest to etap oceny zdolności podmiotowych wykonawców, natomiast postępowanie kończy się w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu nie nastąpił jeszcze nawet etap składania ofert.

Z powyższych względów nie można też mówić o analogii występującej pomiędzy stanem faktycznym w niniejszej sprawie, a sprawą, która była przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1967/16. Sam Odwołujący przyznał, że stan faktyczny w obu sprawach różnił się tym, że w tamtym postępowaniu czynność unieważnienia została dokonana po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe okoliczności wziął pod uwagę Sąd Okręgowy w Szczecinie, który wyrokiem z dnia 7 marca 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: II Ca 1613/16 oddalił skargę na ww. wyrok KIO.

Na skutek zaistnienia przesłanek koniecznych do zastosowania przepisu art. 4 pkt 5b Pzp w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, udzielenie zamówienia publicznego nie mogło nastąpić w trybie ustawy Pzp. W konsekwencji zatem 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 zamówienia publicznego, co stanowi podstawę do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba dokonała oceny dowodów powołanych przez obie strony postępowania w zakresie ustalenia okoliczności, które spowodowały konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w ocenie Izby Zamawiający wykazał, że prowadzenie postępowania w okolicznościach, które zaistniały w toku postępowania obarczone byłoby niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie podlegało zatem unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Fakt, że w chwili wszczęcia postępowania nie było ono obarczone taką wadą nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości i legalności postępowania po wystąpieniu nowych okoliczności na późniejszym etapie, w szczególności w zakresie wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 4 pkt 5b Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, a zatem biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).