

POSTANOWIENIE

z dnia 24 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 24 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 kwietnia 2013 r. przez Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne Spółkę Akcyjną w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 4244 w Wałczu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STV GROUP a.s. w Pradze (Czechy), Excalibur Army spol. s.r.o. w Pradze (Czechy) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

– odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne Spółkę Akcyjną w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne Spółkę Akcyjną w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Wojskowych Zakładów Motoryzacyjnych Spółki Akcyjnej w Poznaniu na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 4224 w Wałczu 976 zł 00 gr (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 4224 w Wałczu wszczęła 9 stycznia 2013 r. w trybie i wg zasad przewidzianych w decyzji nr 291/MON Ministra 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 06.14.179) postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie usługi remontu średniego bojowego wozu piechoty BWP-1, remontu głównego bojowego wozu BWP-1 i BWP-1D, remontu konserwacyjnego bojowego wozu piechoty BWP-1 i BWP-1D.

Tego dnia zamawiający zamieścił na swojej stronie ogłoszenie o wszczęciu postępowania oraz warunki przetargu.

Wartość zamówienia bez podatku od towarów i usług określona przez zamawiającego w protokole wynosi 36.508.130,08 zł.

2 kwietnia 2013 r. zamawiający poinformował, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej najkorzystniejszą ofertę w zadaniach 1 - 5 złożyło Konsorcjum STV Group a.s. z/s w Pradze (Czechy), Excalibur Army spol. s.r.o w Pradze (Czechy) – ofertę z najniższą ceną.

Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne S.A. w Poznaniu wniosły odwołanie 10 kwietnia 2013 r. oraz przekazały zamawiającemu kopię odwołania.

Odwolujący podniósł zarzuty:

- zaniechania unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy wobec braku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, wobec zastosowania trybu przetargu nieograniczonego gdy właściwym trybem dla zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności są tryby przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2, art. 40 ust. 3, art. 11 ust. 1 pkt 2 i art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” przez niezastosowanie ww. przepisów, a także narusza art. 2, art. 4, art. 32, art. 60 ust. 1 i art. 25 zdanie 2 Dyrektywy obronnej;

- zaniechania zwrócenia się do Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość ceny, co doprowadziło do błędnego przyjęcia, iż zaoferowane przez Konsorcjum ceny wykonania zadań od 1 do 5 nie stanowią rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie odrzucenia oferty, czym naruszono art. 90 ust. 1 i ust 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 49 Dyrektywy obronnej;

- zaniechania zwrócenia się do Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość ceny, co doprowadziło do błędnego przyjęcia, iż zaoferowane przez Konsorcjum ceny wykonania zadań od 1 do 5 nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do odwołującego, pomimo iż zamawiający posiadał informacje wskazujące na popełnienie przez Konsorcjum czynu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji powyższe doprowadziło do nie odrzucenia oferty czym naruszono art. 7 ust. 1 pPz, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i 90 ust. 1 Pzp;

- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. nie odpowiadała treści Warunków Przetargu w zakresie przedłożenia pełnomocnictwa, które nie spełniało wymogów z punktu V.7 Warunków przetargu i było wymagane przez pkt. VII.3.3) Warunków przetargu - pełnomocnictwo jest nieważne z mocy prawa, a ponadto wskazuje jako pełnomocnika inny podmiot, niż podmiot podpisujący ofertę, załączniki do oferty, korespondujący z zamawiającym, potwierdzający dokumenty za zgodność z oryginałem, co stanowiło naruszenie art. 23 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 8 Pzp oraz art. 25 tiret 1 Dyrektywy obronnej przez ich niezastosowanie oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. Pzp i art. 4 Dyrektywy obronnej);

- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. w sytuacji gdy treść oferty Konsorcjum nie odpowiadała treści Warunków Przetargu w zakresie potwierdzenia dokumentów urzędowych załączonych do oferty (wyciągi z rejestru handlowego, wyciągi z części Rejestru Działalności Gospodarczej, dokumenty koncesji oraz pozwoleń na prowadzenie handlu zagranicznego Certyfikat o zgodności systemu jakości z wymaganiami AQAP 2110] zgodnie z postanowieniami Konwencji Haskiej z 5 października 1961 r. znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. z 2005r. nr 112 poz. 938) lub przez polską placówkę dyplomatyczną w kraju wykonawcy pomimo, iż wymóg takich potwierdzenia został zawarty w punktach VII.2.2) a) oraz b) Warunków przetargu, poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów załączonych do oferty przez inny podmiot niż wykonawca lub pełnomocnik wykonawcy - dokumenty zostały poświadczone w imieniu spółki STV Polska sp. z o. o., która nie jest wykonawcą, ani pełnomocnikiem wykonawcy - pomimo, iż wymóg takiego poświadczenia został zawarty w punkcie VII.2 Warunków przetargu, złożenia oświadczenia w zakresie praw do własności i intelektualnej wymaganego zgodnie z punktem VII.4.2) Warunków przetargu - korzystanie z praw własności przemysłowej i intelektualnej jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie produkcji części zamiennych, dowodu wniesienia wadium - dowód wniesienia wadium został przedłożony wyłącznie w języku czeskim bez wymaganego Warunkami przetargu tłumaczenia na język polski, nieponumerowania stron oferty oraz braku pieczęci i numeru telefonu wykonawcy na kopercie, w której została ona przekazana zamawiającemu pomimo, iż takie wymogi przewiduje pkt. V.4 i V.7 Warunków przetargu, co stanowiło naruszenie art. 89 pkt 2 Pzp i art. 23, art. 25 tiret 1 oraz art 38-44 Dyrektywy obronnej

poprzez niezastosowanie w w. przepisów oraz naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp i art. 4 Dyrektywy obronnej);

– zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. w sytuacji gdy Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

1. posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie przedmiotu zamówienia - przedłożone przez Konsorcjum wyciągi z rejestru handlowego, wyciągi z części Rejestru Działalności Gospodarczej, dokumenty koncesji oraz pozwoleń na prowadzenie handlu zagranicznego nie zostały potwierdzone zgodnie z postanowieniami Konwencji Haskiej z 5 października 1961 r. znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. z 2005 r. nr 112 poz. 938) potwierdzone przez polską placówkę dyplomatyczną w kraju wykonawcy, poświadczony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę tylko w imieniu spółki STV Polska sp. z o. o., która nie jest wykonawcą, ani pełnomocnikiem wykonawcy pomimo, iż wymóg takich potwierdzenia został zawarty w punktach VII.2 i VII.2.2) oraz b) Warunków przetargu;
2. posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie przedmiotu zamówienia - przedłożone przez Konsorcjum pozwolenie Ministra Przemysłu i Handlu na prowadzenie handlu zagranicznego materiałami wojskowymi zostało udzielone spółce STV Group a.s. do dnia 16 maja 2013 r. co nie gwarantuje wykonania zamówienia w czasie obowiązywania zamówienia;
3. posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym do wykonania zamówienia - przedłożony przez Konsorcjum Certyfikat o zgodności systemu jakości z wymaganiami AQAP 2110 mający charakter dokumentu urzędowego nie został potwierdzony zgodnie z postanowieniami Konwencji Haskiej z 5 października 1961 r. znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. z 2005r. nr 112 poz. 938), potwierdzony przez polską placówkę dyplomatyczną w kraju wykonawcy, został poświadczony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę tylko w imieniu spółki STV Polska sp. z o. o., która nie jest Wykonawcą, ani pełnomocnikiem Wykonawcy, pomimo, iż wymóg takich potwierdzenia został zawarty w punktach VII.2 i VII.2.2) oraz b) Warunków przetargu;
4. posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym do wykonania zamówienia - przedłożone przez Konsorcjum Certyfikaty ISO oraz referencje nie zostały poświadczony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę tylko w imieniu spółki STV Polska sp. z o. o., która nie jest Wykonawcą, ani pełnomocnikiem Wykonawcy, iż taki wymóg został zawarty w punktach VII.2 Warunków przetargu;
5. sytuacji ekonomicznej i finansowej - przedłożone przez Konsorcjum referencje bankowe nie zostały poświadczony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę tylko w imieniu spółki STV Polska sp. z o. o., która nie jest wykonawcą, ani pełnomocnikiem

wykonawcy, iż taki wymóg został zawarty w punktach VII.2 Warunków przetargu, co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, art. 23 art. 25 tiret 1 oraz art 38-44 Dyrektywy obronnej przez niezastosowanie ww. przepisów oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp i art. 4 Dyrektywy obronnej);

- zaniechania wezwania Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i informacji wymienionych w pkt 4) -7) powyżej co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i doprowadziło do nie wykluczenia Konsorcjum z postępowania mimo niespełnienia wymagań udziału w postępowaniu co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp oraz art. 25 tiret 1 i art. 45 Dyrektywy obronnej przez niezastosowanie ww. przepisów;

- przeprowadzenie aukcji elektronicznej przeprowadzonej bez podstawy prawnej przez inny podmiot niż zamawiający tj. przez Inspektorat Uzbrojenia w Bydgoszczy co stanowi naruszenie art. 15 ust. 1 Pzp i art. 91a ust. 1 PZP oraz art. 25 tiret 1 i art. 48 Dyrektywy obronnej;

- dokonanie wyboru oferty Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. jako najkorzystniejszej pomimo istnienia przesłanek wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia oferty Konsorcjum czym naruszono art. 7 ust. 1, ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, art. 23 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, art. 90 ust. 1 i ust. 3 oraz wymienionych powyżej postanowień Dyrektywy obronnej;

Odwołujący żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości i orzeczenie zwrotu kosztów postępowania na rzecz odwołującego. W przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, nakazania zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, wykluczenie Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. z postępowania ewentualnie: odrzucenie oferty Konsorcjum i wyboru oferty odwołującego złożonej w formie pisemnej jako najkorzystniejszej oraz orzeczenia zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że fakt niedokonania przez Rzeczpospolitą Polską transpozycji Dyrektywy obronnej przed dniem 20 luty 2013 r. pomimo upływu w dniu 21 sierpnia 2011 r. wynikającego z art. 72 dyrektywy terminu transpozycji dyrektywy nie zwalnia organów publicznych od stosowania w stosunkach wertykalnych postanowień dyrektywy nadających się do bezpośredniego stosowania.

Podkreślił, że niezgodny z prawem Unii Europejskiej jest w szczególności art. 4 ust. 1 ustawy z 12 października 2012r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane (Dz. U. Z 2012r. nr 1271), który stanowi, że do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Wobec wynikającego z Dyrektywy obronnej obowiązku niestosowania tego przepisu należy przyjąć że do

postępowania nr 232/2012 należało stosować wprost postanowienia Dyrektyw obronnej oraz ustawy.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zamawiający dokonywał po ogłoszeniu postępowania wielokrotnie zmian ogłoszonych warunków przetargu, w tym daleko idących zmian w zakresie przedmiotu zamówienia, które w istocie powinny zdecydować o unieważnieniu postępowania i ponownym jego wszczęciu. Dokonywanie przez zamawiającego zmian w toczącym się postępowaniu uznał za chęć uniknięcia stosowania ustawy, na co wskazuje również czterokrotna zmiana terminu składania ofert wyznaczany kolejno na: 28 stycznia 2013 r., 4 lutego 2013 r., 20 lutego 2013 r., 28 lutego 2013 r. i 11 marca 2013 r.

Jako uzasadnienie żądania unieważnienia postępowania ponad zaniechanie przekazania ogłoszenia oraz wadliwy wybór trybu przetargu nieograniczonego do Urzędu Publikacji Wspólnot Europejskich odwołujący powołał naruszenia:

- art. 3 Pzp przez niestosowanie przepisów ustawy;
- art. 29 i 30 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny polegający na określeniu że celem działań jest doprowadzenie wozów do sprawności bez możliwości wcześniejszego zweryfikowania przez wykonawców zakresu prac przy wozach z uwagi na pozbawienie możliwości demontażu urządzeń;
- art. 36 Pzp - przez wydanie Warunków przetargu niezgodnych z tym przepisem;
- art. 42 Pzp - przez udostępnienie SIWZ pomimo nie dokonania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- art. 86 ust. 2 Pzp - przez dokonanie niejawnego otwarcia ofert;
- art. 96 ust. 3 Pzp - przez odmowę udostępnienia ofert odwołującemu pomimo złożenia takiego wniosku.

Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w terminie 3 dni liczonym od dnia otrzymania kopii odwołania. Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. przekazało kopię przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego i dopuściła Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym. Przystąpienie podpisał Pan J..... R..... – Prezes Zarządu STV Polska Sp. z o.o. w Katowicach. Pan R..... został ustanowiony pełnomocnikiem Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. przez obu wykonawców wchodzących w jego skład i zgłosił przystąpienie działając w granicach umocowania wynikającego z pełnomocnictwa. Chybiony jest zatem pogląd odwołującego, że pełnomocnictwa udzieliło konsorcjum, które nie może tego uczynić z racji braku osobowości prawnej.

Dla oceny zgłoszonego przystąpienia bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Jednostka Wojskowa 4224 kierowała pisma w postępowaniu oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty do STV Polska Sp. z o.o. w Katowicach. Okoliczności te w odniesieniu do

uprawnienia do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym pozostają bez jakiegokolwiek doniosłości prawnej, w szczególności nie mogą stanowić podstawy opozycji. Opozycja z mocy art. 185 ust. 4 Pzp może być oparta wyłącznie o uprawdopodobnienie, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie. Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o. niewątpliwie ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie, oddalenie odwołania utrzyma w mocy wybór oferty Konsorcjum.

W orzecznictwie Izby kształtuje się pogląd zgodnie z którym, uchybienia, inne niż brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje prowadzi do uznania, przystąpienia za bezskuteczne. W szczególności przesłanki te wymienione są w art. 185 ust. 2 Pzp. Izba nie dopatrzyła się podstaw uznania przystąpienia Konsorcjum STV Group a. s., Excalibur Army spol. s.r.o.za bezskuteczne.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne – data, tryb i podstawa prawna wszczęcia postępowania nie są sporne między stronami.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba zważyła, że zasadą wynikającą z przepisów ustawy, dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE oraz odwołującego się do wynikających z nich reguł pkt 72 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 lipca 2009 r. 2009/81/WE (tzw. dyrektywy obronnej), na którą powołuje się odwołujący, jest szybkość postępowania odwoławczego. Wynika z niej obowiązek wykonawców domagających się ochrony swoich praw w postępowaniu wnoszenia środków odwoławczych w terminach przewidzianych ustawą pod rygorem utraty prawa do kwestionowania czynności i zaniechań zamawiającego (*vide* przykładowo: orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2515/12, KIO 1621/12, KIO 1592/12). Na gruncie ustawy przyjmuje się powszechnie, że terminy na wniesienie odwołania mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym wypadku. W związku z tym upływ terminu powoduje utratę prawa do wniesienia odwołania (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1596/09).

Nawet przyjmując hipotetyczne założenie, że badane postępowanie podlega przepisom ustawy – czego domaga się odwołujący, a z czym Izba się nie zgadza - uznać należy, że za wyjątkiem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zarzutów bezpośrednio z nią

związanych, wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego zostały zakwestionowane z uchybieniem terminu. Spóźnione podnoszenie zarzutów wobec czynności, które wywarły skutki prawne w postępowaniu i wywodzenie z nich konieczności unieważnienia postępowania uniemożliwia natomiast rozpoznanie co do istoty zarzutów związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Art. 182 ust. 3 Pzp ustala termin 10 dni na wniesienie odwołania wobec czynności, innych niż określone w art 182 ust. 1 i 2 Pzp liczony od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Tymczasem odwołujący kwestionuje zaniechanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz wadliwy wybór trybu postępowania – okoliczności, o których uzyskał wiadomość w dniu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu udzielanego zgodnie z decyzją Ministra Obrony Narodowej po upływie wskazanego terminu.

Ponadto zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie, w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej. Tymczasem odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 29 i art. 30 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny polegający na określeniu, że celem działań jest doprowadzenie wozów do sprawności bez możliwości wcześniejszego zweryfikowania przez wykonawców zakresu prac przy wozach z uwagi na pozbawienie możliwości demontażu urządzeń, art. 36 Pzp przez wydanie Warunków przetargu niezgodnych z tym przepisem oraz art. 42 Pzp przez udostępnienie specyfikacji istotnych warunków pomimo nie dokonania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dopiero po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, w sytuacji, gdy termin na kwestionowanie powołanych czynności i zaniechań już upłynął.

Okoliczności te w powiązaniu z faktem, że odwołujący nie kwestionował aukcji elektronicznej w terminie przepisanej ustawą, lecz dopiero po jej przeprowadzeniu i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty – innej niż oferta odwołującego – prowadzą do przekonania, że odwołujący uznał, że zarzucane zamawiającemu wadliwości procedury nie godzą w jego prawa w postępowaniu tak długo, jak oczekiwał, że to on uzyska zamówienie.

Środki ochrony prawnej służą bieżącej, adekwatnej do etapu postępowania korekcie czynności zamawiającego i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest częścią obrotu gospodarczego, zatem od jego uczestników wymaga się profesjonalizmu w działaniu polegającego m.in. na podejmowaniu skutecznych działań zabezpieczających interes prawny w uzyskaniu zamówienia, w tym terminowego wnoszenia środków ochrony prawnej.

Dziwi też stanowisko odwołującego, który mocno akcentuje konieczność unieważnienia postępowania i jednocześnie twierdzi, że dąży do uzyskania zamówienia. Jest to pogląd wewnętrznie sprzeczny. Na marginesie jedynie można przypomnieć, że domaganie się

unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia dyskwalifikuje uprawnienie podmiotowe wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz uniemożliwia rozpoznanie zarzutów związanych z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem środków ochrony prawnej jest uzyskanie danego zamówienia przez zainteresowanego nim wykonawcę, nie zaś unieważnienie postępowania. Pogląd ten jest jednolicie przyjmowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide* przykładowo: wyroki o sygn. KIO 2142/12, KIO 482/12, KIO 270/12).

Kolejno dostrzec należy, że podnoszeniu zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty sprzeciwia się art. 189 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W sprawie nie znajdują zastosowania przepisy ustawy.

Art. 4 ust. 1 ustawy zmieniającej ustawę - Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem, że w stosunku do postępowań wszczętych a niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Zamawiający wykazał, że przedmiotem postępowania są usługi dotyczące sprzętu znajdującego się w „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 stosować się do postępowania przepisy ustawy zarówno w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, jak i ustawy znowelizowanej, odpowiednio na podstawie – art. 4 pkt 3 lit. f oraz art. 4 pkt 5b Pzp.

Odwołujący nie zakwestionował skutecznie tego poglądu. Nie odniósł się do niego merytorycznie, lecz wyłącznie przez stwierdzenie, że w takiej sytuacji zamawiający nie powinien stosować procedury przetargu oraz powinien udzielić zamówienia wykonawcy polskiemu.

Zgodnie z tezami złożonej przez odwołującego opinii radcy prawnego A..... S..... oraz prof. S..... S..... (wybitnego znawcy prawa handlowego), przed wdrożeniem dyrektywy obronnej do polskiego porządku prawnego wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej oraz, że art. 4 ust. 1 ustawy z 12 października 2012 r. nowelizującej ustawę – Prawo zamówień publicznych należy uznać za nieważny *ex lege*.

Odwołujący wywodzi z nich skutek w postaci konieczności stosowania przepisów dyrektywy obronnej oraz ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie 20 lutego 2013 r.

Izba nie zgadza się z obiema tezami, które nie biorą pod uwagę całości rozpoznawanego zagadnienia. Jak było wskazane wcześniej usługi stanowiące przedmiot postępowania były i są wyłączone spod reżimu ustawy. Nadto dostrzec trzeba w tej mierze, że już *prima facie* przepisy dyrektywy obronnej nie nadają się do bezpośredniego zastosowania w zakresie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, chociażby w zakresie poświadczania dokumentów lub wskazania podmiotu przeprowadzającego aukcję. Nie zawierają bowiem regulacji stanowiących podstawę do formułowanych zarzutów. Rozstrzygnięcie zarzutów na podstawie przepisów ustawy stanowiłoby orzekanie *contra legem*.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....