

Sygn. akt: KIO 2452/11

POSTANOWIENIE
z dnia 25 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2011 r. przez Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Skarb Państwa – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie,

przy udziale:

- A. Sygnity S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. w Warszawie, On Track Innovations Ltd. w Rosh Pina, Izrael, ASEC S.A. w Krakowie i Trusted Information Consulting Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2452/11

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 09.11.2010 r. w Dz. U. UE pod nr 2011/S 217-332956.

W dniu 14.11.2011 r. Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (zwana dalej „PWPW”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy, to jest unieważnienia przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

PWPW zarzuciła zamawiającemu:

1. rażąco naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 4 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie pomimo, iż obowiązek wskazany w niniejszym artykule ma charakter *ius cogens* i nie dopuszcza dowolności w zachowaniu zamawiającego,
2. naruszenia prawa poprzez zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania w sytuacji gdy prowadzone jest w niewłaściwym trybie, gdyż z uwagi na zawarte w przedmiocie zamówienia informacje niejawne oraz wzgląd na istotny interes państwa i istotny interes publiczny nie powinno się do przedmiotowego zamówienia stosować przepisów Pzp.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z w zw. z art. 4 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż podstawę wystąpienia z niniejszym odwołaniem, stanowi okoliczność, która nigdy nie były przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia przez KIO (w tym również w ramach spraw o sygn. akt KIO 1983/11 i KIO 2311/11).

W dniu 21 października 2011 roku (sygn. akt nadana przez Zamawiającego 7065) oraz 24 października 2011 roku (sygn. akt nadana przez Zamawiającego 7065), Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wezwaniem do dobrowolnego unieważnienia postępowania Nr 41-CPD-WA-2244/10 (KŻ-0805-31/11). W związku z faktem, iż odpowiedzi Zamawiającego udzielane w trybie dostępu do informacji publicznej nie zawierały jakiegokolwiek merytorycznej odpowiedzi na złożone wezwanie, a zawierały informacje wzmacniające pogląd prawny co do konieczności unieważnienia postępowania Odwołujący w dniu 3 listopada 2011 roku wystąpił do Zamawiającego z kolejnym, tym razem ostatecznym wezwaniem do dobrowolnego unieważnienia postępowania, w tym w szczególności ze względu na zwyczajową formułę dwukrotnego monitu do drugiej strony z wezwaniem do określanego działania przed wdaniem się w spór sądowy.

Pomimo, iż Odwołujący, wezwał Zamawiającego do samodzielnego rozstrzygnięcia problemu, bez konieczności postępowania procesowego w tym postępowania przed KIO oraz sądami powszechnymi, Zamawiający do dnia dzisiejszego nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi ani wyjaśnień na wskazane wezwania, chociaż sam w piśmie z dnia 2 listopada 2011 roku Zamawiający uznał, iż wskazane wezwania zostały uznane za wnioski złożone w trybie Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż zgodnie z brzmieniem art. 180 pkt. 1 pzp, odwołanie przysługuje od czynności, do której zamawiający jest „zobowiązany na podstawie ustawy”. Należy jednak zauważyć, że art. 2 Pzp, zawierający słowniczek pojęć, nie zawiera definicji terminu „ustawa”, przez co nie można wywieść, że w art. 180 pkt. 1 Pzp jest mowa wyłącznie o obowiązkach zamawiającego wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zatem stwierdzić, że określenie „ustawa”, o którym mowa w art. 180 pkt. 1 Pzp, może odnosić się do wszelkich przepisów *ius cogens*, w tym przede wszystkim do przepisów Kodeksu cywilnego.

Interpretując treść art. 180 pkt. 1 pzp w zw. z art. 4 pkt 5 pzp oraz w zw. z art. 58 kc należy stwierdzić, że stosowanie przez Zamawiającego przepisów ustawy w przypadku, gdy podlega ona wyłączeniu, tj. naruszenie przez zamawiającego art. 4 pkt 5 Pzp, tj. jest obarczone wadą nieważności bezwzględnej i jako takie, winno być przedmiotem rozpoznania Izby.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 3 Pzp odwołanie w niniejszej sprawie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Podstawę wniesienia niniejszego odwołania stanowi zaniechanie przez zamawiającego dobrowolnego unieważnienia postępowania (tj. niewykonanie ostatecznego wezwania z dnia 3 listopada 2011 r). W związku z powyższym należy stwierdzić, że 10-cio dniowy termin do wniesienia odwołania rozpoczął biec z dniem doręczenia wezwania, czyli 3 listopada 2011 r., a tym samym upływał 13 listopada 2011 r. Z uwagi na fakt, że dzień ten przypadał w niedzielę, na podstawie art. 182 ust. 3 pkt. 1 w zw. z art. 115 kc, termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Ponadto Odwołujący zauważył, że wezwania z dnia 24 października i 3 listopada 2011 r. dotyczące dobrowolnego unieważnienia postępowania nie stanowiły odwołania w rozumieniu art. 180 Pzp, a spełniały dodatkowo rolę informacji sygnalizujących zajście przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym, wyjaśnienia i informacje Zamawiającego przesłane do Odwołującego w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej dotyczące przedmiotowego postępowania oraz wystosowane wcześniej wezwania uzasadniają złożenie niniejszego odwołania.

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą również przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt. P Pzp, bowiem argumenty podniesione w niniejszym odwołaniu nie były dotychczas przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia Izby.

W wyroku z dnia 3 października 2011 r. (sygn. KIO 1983/11) stwierdzono, że zarzuty dotyczące niewłaściwości trybu przetargowego w przedmiocie zamówienia nie są przedmiotem rozstrzygnięcia tegoż postępowania, zaś w postanowieniu z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. KIO 2311/11) stwierdzono, że zarzut ten został podniesiony po terminie.

Tym samym niniejsze odwołanie winno zostać rozpatrzone przez KIO merytorycznie.

Następnie Odwołujący podniósł, iż zgodnie z dyspozycją art. 4 pkt 5 Pzp przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień zawierających informacje niejawne, jeżeli wymaga tego interes publiczny lub słuszny interes państwa.

Zgodnie z Uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn.. akt KIO/KU 2/08 Jeżeli prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych powodowałby szkodę dla interesów bezpieczeństwa państwa czy choćby powstanie niebezpieczeństwa naruszenia tego interesu, uzasadnione jest zastosowanie wyłączenia z art. 4 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, podejmując więc decyzję o

skorzystaniu z rozpatrywanego przepisu, zobowiązany jest wykazać, że udzielenie zamówienia z poszanowaniem podstawowych zasad, w szczególności jawności i powszechności dostępu oraz w trybie określonym w ustawie - Prawo zamówień publicznych nie jest możliwe bez zagrożenia dla istotnego interesu bezpieczeństwa państwa".

Już na tym etapie postępowania, zostały spełnione wszelkie przesłanki wynikające z ustawy, które winny skutkować jego unieważnieniem. Skarżący stoi na stanowisku, iż działając jako podmiot zaufania publicznego, wielokrotnie realizujący zamówienia publiczne o podobnym charakterze jest również w stanie, przy zachowaniu właściwych zasad postępowania wykonać każde zamówienie. Niemniej jednak chaos w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, prowadzi do zagrożenia nie tylko realizacji samego zamówienia, ale w związku z brakiem jednoznaczności stanowiska i błędów Zamawiającego w postępowaniu, które wymaga tak ogromnej precyzyjności i ostrożności, skutków w postaci narażenia na niebezpieczeństwo każdego obywatela.

Bez wątpienia przedmiot wskazanego zamówienia zawiera informacje niejawne, a interes publiczny oraz istotny interes państwa wymaga by produkcja polskich blankietów dowodów osobistych i jej tajemnice w szczególności rodzaje oczekiwanych zabezpieczeń dokumentów tożsamości nie były ujawnione podmiotom innym niż kontrolowana przez Rząd jednoosobowa spółka skarbu Państwa.

Postępowanie toczy się zatem w niewłaściwym trybie, gdyż *ex lege* nie powinno się stosować do tego rodzaju zamówienia jakiegokolwiek trybu przetargowego.

Rozwinięcie argumentacji dotyczącej kwestii implementacji do przedmiotu zamówienia informacji niejawnych, interesu Państwa oraz istotnego interesu publicznego, a także kwestii zaistnienia przesłanek do unieważnienia postępowania znajduje się w licznych pismach Odwołującego oraz dokumentach zgromadzonych w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt KIO 2156/11, które są również w posiadaniu Zamawiającego.

Na okoliczności powyższe wniesiono o przeprowadzenie dowodu z pism Odwołującego znajdujących się w w/w aktach. Ponadto wniesiono o przeprowadzenie dowodu z pism stanowiących załącznik do odwołania na okoliczności w nim wskazane, w szczególności rozpoczęcie biegu terminu do złożenia odwołania oraz merytoryczne podstawy złożonego środka zaskarżenia.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż z uwagi na zawarte w zamówieniu kwestie dotyczące bezpieczeństwa Państwa nie został przez Zamawiającego spełniony warunek określony w art. 29 ust. 1 Pzp, tj. wymóg by opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Tym bardziej, iż opierając się na dotychczasowej praktyce Zamawiającego można było przypuszczać, że jego oczekiwania w zakresie zabezpieczeń blankietu będą musiały wiązać się z implementacją informacji niejawnych, a nie zostały one zakomunikowane wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne w sposób kategoryczny.

Nota bene takie postępowanie Zamawiającego wywołało odwołanie Gildii Sp. z o.o. z dnia 15.09.2011 r., która nie posiada świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Niewątpliwie treść oferty nie może opierać się na domniemaniach i przypuszczeniach wykonawcy, i wyczuwaniu przez niego intencji Zamawiającego. W tym kontekście Wykonawca bez jednoznacznych informacji nie mógł podważać trybu postępowania na jego początku, zaś po uzyskaniu wiedzy na temat opinii ABW podniósł tę okoliczność zweryfikował ją właśnie na rozprawie 30 września 2011 r.

Wykonawca podejmował wszelkie możliwe działania, które niewątpliwie noszą znamię należytej staranności by wyjaśnić kwestie istotne z punktu widzenia interesu Państwa. W związku z powyższym m.in. skierował pismo do Kancelarii Prezydenta RP na ręce Sekretarza Stanu Olgerda Dziekońskiego w dniu 25 sierpnia 2011r.

W tym kontekście należy też odczytywać liczne pisma PWPW S.A. kierowane do Zamawiającego w toku dialogu dotyczące gotowości wykonania blankietów dowodów osobistych przez jednoosobową Spółkę Skarbu Państwa m.in. ze względu na bezpieczeństwo Państwa i ważny interes publiczny.

Kategoryczne stanowisko PWPW S.A w wyżej opisanej sprawie wynika między innymi z faktu, iż PWPW S.A jako aktualny wykonawca dotychczas funkcjonujących w obrocie dowodów osobistych uważał, iż bez zawarcia w przedmiocie zamówienia informacji niejawnych nie można prowadzić produkcji blankietów dowodów osobistych.

Co oczywiste rodzaj i ilość informacji niejawnych jest pochodną oczekiwanych w blankiecie dowodu zabezpieczeń, więc ma wpływ na cenę produktu. Zatem niemożliwe byłoby skonstruowanie przez uczestników postępowania oferty bez pozyskania wytycznych Zamawiającego w tym właściwego opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ na etapie przed otwarciem ofert.

Właśnie wybrany przez Zamawiającego tryb dialogu pozwolił mu na niedookreślenie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu z dnia 8 listopada 2010 r. i dlatego wcześniejsze powoływanie się na w/w okoliczności byłoby nieskuteczne.

Jednakże przebieg postępowania, a zwłaszcza jego charakter upewnia PWPW S.A., iż było to zamierzone działanie Zamawiającego mające na celu uniknięcia konieczności zastosowania trybu pozaprzetargowego na podstawie art. 4 pkt 5 p.z.p. na etapie rozpoczęcia postępowania.

Wykładnia systemowa dokonana z punktu widzenia cywilistycznego prowadzi do konieczności rozważenia analogii do cywilnej instytucji czynności pozornej co będzie jednak przedmiotem skargi nie zaś niniejszego wniosku.

Nawet bowiem z punktu widzenia oceny przeciętnego człowieka, a zatem w kategoriach facta notoria należy ocenić jako niewiarygodne oświadczenia Zamawiającego złożone na rozprawie przed KIO w dniu 30 września 2011 r., iż:

„Rozpoczynając postępowanie Zamawiający nie był pewien czy w trakcie realizacji zamówienia takie informacje [niejawne-przyp. autor] wystąpią, bowiem na etapie dialogu mógł dopuścić różne opcje włącznie z tą, że dostęp do informacji niejawnych nastąpi nie na etapie wykonywania blankietu, lecz personalizacji dowodu. (str.7 protokołu rozprawy)

Oczywiste jest bowiem, że blankiety dowodu osobistego zawsze muszą zawierać zabezpieczenia o charakterze informacji niejawnych, nawet gdy nie dokonano na nich personalizacji czyli nie zostały umieszczone dane osobowe. Wynika to ze światowych standardów bezpieczeństwa dokumentów identyfikacyjnych w tym zakresie oraz utrwalonej już praktyki Zamawiającego.

Poza tym Wykonawcy, aby złożyć ofertę i wyliczyć cenę jednostkowego blankietu muszą wiedzieć jakie zabezpieczenia ma zawierać blankiet dowodu. A zatem stanowisko Zamawiającego, iż zakładał, że dopiero na etapie personalizacji miałyby występować informacje niejawne jest z gruntu fałszywe albo dowodzi skrajnej niekompetencji.

W świetle zaś oświadczenia Zamawiającego wyrażonego na wyżej opisanej rozprawie, iż:

„po analizie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie zabezpieczeń blankietów trzeciego poziomu, [Zamawiający-przyp. autor] stwierdził, iż wykonanie blankietów będzie wymagało dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajne" (str. 9 protokołu rozprawy) należy podnieść zarzut braku wiarygodności.

Informacje niejawne występują bowiem zarówno na etapie produkcji blankietu jak i personalizacji. Każdy etap jest niezwykle istotny z punktu widzenia ochrony bezpieczeństwa Państwa o czym świadczą publikacje niżej wymienionych ekspertów Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego opracowane w ramach Konferencji zorganizowanej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego na temat: „Standardów bezpieczeństwa dokumentów państwowych" w dniu 10.06.2011 r.

Dowód:

- publikacja por. Elżbiety Ciszewskiej - Specjalisty Departamentu Zabezpieczenia Technicznego Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego pt „Obecne i przyszłe standardy bezpieczeństwa dokumentów w Unii Europejskiej",
- publikacja ppłk. Tomasza Wójcika - Eksperta Departamentu Bezpieczeństwa Teleinformatycznego Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego pt „Ewolucja standardów bezpieczeństwa w polskich dokumentach w latach 2006-2011",

- publikacja kpt. Roberta Lacha - Eksperta Departamentu Bezpieczeństwa Teleinformatycznego Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego pt „Elektroniczny dowód osobisty”,

- publikacja dr Mieczysława Goca - Wiceprezesa Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego pt „Systemowe rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa dokumentów państwowych”, Zał. Nr 90.

Ponadto powyższe potwierdza analiza treści pisma skierowanego przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego generała Krzysztofa Bondaryka do Ministra Michała Boni - Przewodniczącego Stałego Komitetu Rady Ministrów.

W tym miejscu konieczne jest przytoczenie uwagi generała K. Bondaryka, iż Agencja często nie jest informowana przez resorty o przebiegu prac związanych z aktami prawnymi dotyczącymi kluczowych z punktu widzenia jej właściwości rzeczowej. Pogląd ten wyrażony został właśnie na gruncie sprawy produkcji blankietów oraz wejścia w życie zmiany do ustawy o dowodach osobistych.

Uwzględniając powyższe oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzoną za zgodność z oryginałem i przekazaną przez zamawiającego przy pismach z dnia 22 września 2011 r., z dnia 27 października 2011 r. oraz z dnia 17 listopada 2011 r., pisma Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji, p. Piotra Kołodziejczyka z dnia 4 listopada 2011 r. i dnia 10 listopada 2011 r. udostępnione na stronie internetowej zamawiającego, a także akta postępowań odwoławczych wskazanych przez odwołującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego dyspozycja stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z znajdującą zastosowanie do przedmiotowego odwołania dyspozycją art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania, tj. o okolicznościach, iż postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczy informacji niejawnych odwołujący dowiedział się w dniu 5 września 2011 r., tj. w dniu przekazania mu przez

zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a najpóźniej na rozprawie przed Izba w dniu 30.09.2011 r., co sam przyznaje w treści odwołania. Ponadto, co również wynika z treści odwołania właściwie przez cały czas trwania postępowania świadomość taką posiadał. Same załączone do odwołania przedsądowe wezwania do unieważnienia postępowania w związku z dyspozycją art. 4 pkt 5 Pzp, wskazują, iż o podstawie wniesienia odwołania odwołujący wiedział co najmniej w dniu 24.10.2011 r. (data pierwszego z załączonych wezwań). Przy czym wezwanie do unieważnienia postępowania, jak wynika z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, złożone przez pełnomocnika PWPW w jej imieniu, wpłynęło do zamawiającego już w dniu 21.10.2011 r.

Należy przy tym zaznaczyć, iż ustawa nie zna instytucji wezwań do dobrowolnego wykonania określonych czynności i a zamawiający nie są zobowiązani do udzielania odpowiedzi na wezwania tego typu. Ponadto jakiegokolwiek znaczenia dla oceny ich pozaustawowego charakteru nie ma deklaracja zamawiającego w jakim „trybie” wezwania tego typu „zarejestrował”.

W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 14.11.2011 r. należało uznać za wniesione po terminie określonym w art. 182 ust. 3 Pzp obliczanym względem którejkolwiek z wyżej podanych dat.

Izba nie stwierdziła natomiast zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania wskazanej, w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy, według którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, a do którego konieczności zastosowania sprowadzają się właściwie zarzuty i wnioski podniesione w odwołaniu.

Przy czym zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy, jej przepisów nie stosuje się do zamówień zawierających informacje niejawne, jeżeli wymaga tego istotny interes publiczny lub istotny interes państwa.

Jak trafnie wskazał odwołujący przepisy art. 4 ustawy mają charakter *ius cogens* i nie przewidują możliwości stosowania przepisów ustawy w przypadku gdy wypełnione zostaną przesłanki wyłączenia w przepisie zawarte. W takim przypadku postępowanie prowadzone przez zamawiającego, który powołuje się na przepisy ustawy i postępuje zgodnie z ich literą, nie byłoby wcale stosowaniem powszechnie obowiązujących przepisów ustawy, która bezwzględnie stosowanie swoich przepisów wyłącza, ale prowadzeniem przetargu cywilnego o bardzo skomplikowanych warunkach przetargowych, na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, którego ważność należałoby oceniać w świetle tych przepisów. W związku z powyższym, w takim przypadku, Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy winna stwierdzić swoją niewłaściwość w sprawie i odwołanie odrzucić. Niemożliwe natomiast byłoby zastosowanie w takiej sytuacji dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako jednego z przepisów, którego zastosowanie art. 4 ustawy wyłącza.

Jednakże, co wskazano powyżej, Izba badając z urzędu okoliczności i przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania, nie stwierdziła zaistnienia przesłanki wyłączenia stosowania przepisów ustawy opisanej w art. 4 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby fakt, iż przedmiotowe zamówienie dotyczy powołanych w ww. przepisie informacji niejawnych jest właściwie notoryjny i bezsporny. Założenie, iż zamawiający zamawia wykonanie blankietów dowodów osobistych bez stosownych zabezpieczeń, które powinny stanowić informacje niejawne o odpowiednio wysokiej klauzuli tajności, nie jest warte sensownego rozważania. Przy czym bez znaczenia w świetle dyspozycji art. 4 pkt 5 jest okoliczność, na którym etapie realizacji zamówienia wykonawcy zetkną się z informacjami niejawnymi.

Jednakże dla zastosowania ww. przepisu konieczne jest kumulatywne wystąpienie wszystkich przesłanek w nim opisanych. Wyłączenie stosowania przepisów ustawy w tym przypadku winno więc być wymagane ze względu na istotny interes publiczny lub istotny interes państwa. Przy czym powyższe klauzule są na tyle generalne i ocenne, iż do ich interpretacji winny być powołane w pierwszej kolejności organy państwa stojące na straży interesu publicznego i interesu państwa w danej dziedzinie.

Na podstawie dotychczasowego przebiegu postępowania (porównania wniosków złożonych przez uczestniczących w nim wykonawców) stwierdzić można, iż PWPW jest właściwie jedynym podmiotem gospodarki narodowej zdolnym do samodzielnego wykonania przedmiotowego zamówienia bez uciekania się do potencjału czy podwykonawstwa podmiotów z państw obcych. Jednakże skoro właściwy w sprawie Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji podejmując decyzję o konkurencyjnym udzieleniu zamówienia w oparciu o przepisy Pzp, dopuszcza, iż druk polskich dowodów osobistych i ich zabezpieczeń może odbywać się w państwie ościennym, należy przyjąć, iż powyższe nie stanowi zagrożenia dla interesu publicznego, w szczególności dla bezpieczeństwa państwa. Natomiast tak daleko idące ograniczenie nadrzędnej zasady udzielania zamówień publicznych jaką jest konkurencyjność, przez udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie pozaustawowym, dla ochrony interesu publicznego jest w tym przypadku zbędne.

W każdym razie Izba w świetle zastanego stanu sprawy nie znajduje podstaw, aby ocenę interesu publicznego i interesu państwa w kontekście niniejszego zamówienia, dokonaną i wyrażoną przez MSWiA w piśmie z dnia 4 listopada 2011 r., zakwestionować i podważyć.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący:

.....

.....