

WYROK
z dnia 3 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) IDS-BUD S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Zakłady Remontowo-Budowlane WAM Sp. z o.o., (3) MAW Telecom International S.A., (4) Korporacja „ALTIS-HOLDING”, adres dla pełnomocnika: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Mogilska 85, 30-901 Kraków**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) IDS-BUD S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Zakłady Remontowo-Budowlane WAM Sp. z o.o., (3) MAW Telecom International S.A., (4) Korporacja „ALTIS-HOLDING”, adres dla pełnomocnika: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) IDS-BUD S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Zakłady Remontowo-Budowlane WAM Sp. z o.o., (3) MAW Telecom International S.A., (4) Korporacja „ALTIS-HOLDING”, adres dla pełnomocnika: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** (1) **IDS-BUD S.A. (pełnomocnik wykonawców)**, (2) **Zakłady Remontowo-Budowlane WAM Sp. z o.o.**, (3) **MAW Telecom International S.A.**, (4) **Korporacja „ALTIS-HOLDING”**, adres dla pełnomocnika: **ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Mogilska 85, 30-901 Kraków** kwotę **2 460 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "*budowa bloku szkoleniowego w kompleksie wojskowym Kraków-Pychowice*". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2014 r. pod numrem 2014/S 124-220273.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności oceny wniosków i wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji zaniechania zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 131e ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędne i wadliwe zastosowanie powyższego przepisu jako podstawy do wykluczenia Odwołującego, będące pochodną niewłaściwego przyjęcia przez Zamawiającego okoliczności, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określonych w szczególności w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp;
- b) art. 24 ust. 3 ustawy Pzp na skutek błędnego zastosowania art. 131e ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i wystosowania do Odwołującego pisma z informacją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
- c) art. 51 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i tym samym zaniechanie zastosowania w stosunku do Odwołującego procedury zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty, na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w jego ocenie, kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest wykazanie, że Polska bądź Unia Europejska zawarła umowę międzynarodową z Ukrainą w zakresie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Tym samym konieczne wskazanie jest definicji zawartej w art. 131a ustawy Pzp, a odnoszącej się do zamówień w dziedzinach obronności i

bezpieczeństwa. Zgodnie z zawartą tam treścią, zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są te zamówienia, których przedmiotem zamówienia są: 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów; 2) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, 3) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu 4) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Odwołujący podniósł, że wedle informacji udzielonych przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Rzeczpospolita Polska posiada zawartą umowę międzynarodową z Ukrainą o nazwie Porozumienie między Rządem Rzeczypospolitej a Rządem Ukrainy o wzajemnych dostawach uzbrojenia, techniki wojskowej i świadczeniu usług o charakterze wojskowo-technicznym. Porozumienie zostało zawarte 10 października 1996 r. Zgodnie z art. 1 wskazanego porozumienia sygnatariusze umowy będą współpracować w zakresie dokonywania dostaw uzbrojenia, techniki wojskowej i innej produkcji wojskowej.

Z uwagi na podniesione powyżej okoliczności nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, w opinii Odwołującego, że brak jest umów międzynarodowych z Ukrainą w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Co więcej, obowiązuje porozumienie wskazane powyżej, które odnosi się bezpośrednio i wprost do tematyki zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Ponadto, Odwołujący powołał umowę międzynarodową o partnerstwie i współpracy (weszła w życie w roku 1998) oraz protokół do umowy o partnerstwie i współpracy (UPIW) między Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami członkowskim z jednej strony, a Ukrainą z drugiej strony, w celu uwzględnienia przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgier, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii oraz Republiki Słowackiej do UPIW i dotyczący dostosowań do UPIW (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L224/16 z dnia 16 sierpnia 2006 r.). Uregulowania powyższych aktów prawnych, odnoszące się do współpracy między sygnatariuszami umów a Ukrainą, jak wskazał Odwołujący, dotyczą i koncentrują się nie tylko na współpracy przemysłowej, wspieraniu i ochronie inwestycji, ale również na zamówieniach publicznych. Współpraca na tych polach ma w szczególności na celu popieranie przekształcania kompleksu wojskowo-przemysłowego, zaś procedura zamówień publicznych ma być ukształtowana w taki sposób, aby odzwierciedlała współpracę w celu rozwoju warunków dla otwartej konkurencji (Tytuł VII, art. 52 pkt 3; art. 53 pkt 1, art. 55 Protokołu).

Dalej, Odwołujący wskazał na Układ o stowarzyszeniu między Unią Europejską i jej Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony (Dziennik Urzędowy

Unii Europejskiej z dnia 29 maja 2014 r. L161.3), gdzie w rozdziale 8, zatytułowanym Zamówienia publiczne, przewidziano wzajemny dostęp do rynków zamówień publicznych na podstawie zasady traktowania narodowego na poziomie krajowym, regionalnym i lokalnym w odniesieniu do zamówień publicznych i koncesji w sektorze tradycyjnym i w sektorze użyteczności publicznej (zamówienia obejmujące swym zakresem również zamówienia w zakresie obronności i bezpieczeństwa). Przewiduje on stopniowe zbliżanie prawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych na Ukrainie z dorobkiem prawnym Unii w tej dziedzinie, wraz z reformą instytucjonalną oraz utworzeniem skutecznego systemu zamówień publicznych na podstawie zasad regulujących zamówienia publiczne oraz warunki i definicje określone w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej zwanej „dyrektywą 2004/18/WE”) oraz w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (dalej zwanej „dyrektywą 2004/17/WE”). Odwołujący powołał się na przepis art. 151 pkt 8 stanowiący: „Podmioty zamawiające nie nakładają warunków, które skutkowałyby bezpośrednią lub pośrednią dyskryminacją podmiotów gospodarczych drugiej Strony, na przykład wymogów, aby podmioty gospodarcze zainteresowane uzyskaniem zamówienia miały siedzibę w tym samym państwie, regionie lub terytorium co podmiot zamawiający.”

Zgodnie z podniesionymi powyżej okolicznościami Odwołujący podniósł, że zostały zawarte umowy międzynarodowe między Unią Europejską oraz Polską a Ukrainą, odnoszące się do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Wskazanie zawartych umów w stosunku do podmiotu, który nie ma siedziby w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, ale także Europejskiego Obszaru Gospodarczego jest warunkiem koniecznym i niezbędnym, który umożliwić będzie możliwość ubiegania się o zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Tym samym wykazanie powyższej przesłanki, zdaniem Odwołującego, jest wystarczające do tego, aby dyspozycja normy wynikająca z przepisu art. 131d ust. 1 ustawy Pzp została spełniona.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący podkreślił, że polski ustawodawca upoważnił, zgodnie z art. 131d ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiającego do zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych wskazanych z nazwy państw niż te, które określone zostały w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, skoro Zamawiający może dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców mających siedzibę w innych państwach niż określone w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp, to tym samym, zdaniem Odwołującego, nie może wykluczyć wykonawców mających siedzibę w

państwie, z którym Polska bądź Unia Europejska ma podpisaną umowę międzynarodową.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że wykluczenie Odwołującego z postępowania prowadzi do działania Zamawiającego nieznajdującego podstaw w świetle obowiązujących przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, które będą realizowane na podstawie dokumentacji projektowej oznaczonej klauzulą „zastrzeżone” (sekcja II.1.2) i II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu). Wykonawca zobowiązany jest do ochrony informacji niejawnych wynikających z realizacji umowy między stronami na zasadach określonych w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228), stosując się ściśle do zasad zawartych w instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego (sekcja III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu. Wniosek został złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których jeden ma siedzibę na Ukrainie.

Pismem z dnia 24 września 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wykazania spełniania przesłanek określonych w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp przez wskazany podmiot.

W odpowiedzi (pismo z dnia 29 września 2014 r.) Odwołujący poinformował Zamawiającego, że wystąpił m.in. do Ambasady Ukrainy w RP, Ambasady RP na Ukrainie oraz Ministerstwa Spraw Zagranicznych z wnioskiem o udzielenie informacji w zakresie umów międzynarodowych, o których mowa w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp. Po otrzymaniu przedmiotowych informacji będzie w stanie rzetelnie i merytorycznie odnieść się do wezwania Zamawiającego.

Pismem z dnia 2 października 2014 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że otrzymał z Ministerstwa Spraw Zagranicznych informacje o obowiązujących w stosunkach między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą umowach międzynarodowych, a także o umowach zawieranych przez Unię Europejską z dziedziny obronności i współpracy gospodarczej.

W dalszej części Odwołujący wskazał na przedmiotowe akty prawne. Odpowiadają one tym przytoczonym w treści odwołania, stąd też Izba odstąpiła od ich przytaczania w tym miejscu. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że oprócz wymienionych umów międzynarodowych obowiązuje również Porozumienie między Ministerstwem Obrony Narodowej RP a Gabinetem Ministrów Ukrainy o współpracy gospodarczej, zawarte przez Unię Europejską, jak i Rzeczpospolitą Polską.

W dniu 3 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Ministerstwa Spraw Zagranicznych o udzielenie informacji, czy Ukraina zawarła umowę międzynarodową

dotyczącą zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z Unią Europejską lub Rzeczpospolitą Polską.

W odpowiedzi (pismo z dnia 23 października 2014 r.) Ministerstwo Spraw Zagranicznych poinformowało, że: *“brak jest w polskiej bazie traktatowej umów regulujących tę kwestię wprost. Poniżej znajdują Państwo wykaz umów międzynarodowych, dwu i wielostronnych odnoszących się do ww. tematyki a obowiązujących w stosunkach między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą oraz między Ukrainą a Unią Europejską. W załączeniu przekazuję teksty umów, które nie zostały ogłoszone.*

Umowy dwustronne:

- 1. Umowa między Rządem RP a Rządem Ukrainy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, podpisana dnia 12 stycznia 1993 r., weszła w życie dnia 14 września 1993 r. Opublikowana w Dz. U. Z 1993 r., Nr 125, poz. 575.*
- 2. Porozumienie między Rządem RP a Rządem Ukrainy o wzajemnych dostawach uzbrojenia, techniki wojskowej i świadczeniu usług o charakterze wojskowo-technicznym, podpisane 10 października 1996 r., weszło w życie 28 stycznia 1999 r. Nieopublikowane, dostępne w publicznej bazie traktatowej MSZ.*
- 3. Porozumienie między Ministerstwem Obrony Narodowej RP a Ministerstwem Obrony Ukrainy o współpracy w dziedzinie wojskowej, podpisane 3 lutego 1993 r., weszło w życie 3 lutego 1993 r.*
- 4. Umowa między Rządem RP a Gabinetem Ministrów Ukrainy o współpracy gospodarczej, podpisana dnia 4 marca 2005 r., weszła w życie dnia 4 maja 2006 r. Opublikowana w MP z 2006 r., Nr 59, poz. 628.*

Umowy wielostronne:

- 1. Protokół do Umowy o Partnerstwie i Współpracy (UPIW) między Wspólnotami między Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami członkowskim z jednej strony, a Ukrainą z drugiej strony, w celu uwzględnienia przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgier, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii oraz Republiki Słowackiej do UPIW i dotyczący dostosowań do UPIW, podpisany dnia 29 kwietnia 2004 r., wszedł w życie dnia 1 lutego 2006 r. Opublikowany w Dz. Urz. UE L 224 z dnia 16 sierpnia 2006 r.”*

W ślad za powyższym Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 131e ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał: *“Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o Rozdział 4a ustawy Prawo zamówień publicznych – Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.*

Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są zamówienia, których przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub niewralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Dnia 31.07.2014 r. wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu został złożony w składzie:

- IDS-BUD S.A. (Lider Konsorcjum) (...)
- Zakłady Remontowo-Budowlane WAM Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) (...)
- MAW Telecom International S.A. (Partner Konsorcjum) (...)
- Korporacja "ALTIS-HOLDING" (Partner Konsorcjum)

ul. Kaczałowa 5W, 03146 Kijów Ukraina.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych "Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia". Art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje: "Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1."

Zgodnie z art. 131d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: "O udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień."

W art. 131d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Ustawodawca wskazał: "Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw, niż wymienione w ust. 1."

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 02.07.2014 r. pod numerem 2014/S 124-220273 – nie zawarł informacji, że o przedmiotowe zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarły umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W związku z powyższym Zamawiający pismem nr 4240/VIII z dnia 24.09.2014 r. zwrócił się do Wykonawcy o wykazanie spełniania przesłanek art. 131d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez partnera konsorcjum, tj. Korporacja "ALTIS-HOLDING", ul. Kaczałowa 5W, 03146 Kijów Ukraina w terminie do 29.09.2014 r.

Dnia 30.09.2014 r. Wykonawca przysłał do kancelarii Zamawiającego 1 stronę wyjaśnień, w których poinformował: "(...) wystąpiliśmy do stosownych podmiotów, m.in. Ambasady Ukrainy w RP, Ambasady RP na Ukrainie oraz do Ministerstwa Spraw Zagranicznych z prośbą o udzielenie informacji w zakresie umów międzynarodowych, o których mowa w art. 131d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po otrzymaniu ww. informacji od właściwych podmiotów będziemy w stanie rzetelnie i merytorycznie odnieść się do Państwa pisma."

W dniu 03.10.2014 r. Wykonawca przysłał pismo, w którym poinformował, że otrzymał od Ministerstwa Spraw Zagranicznych informację o obowiązujących w stosunkach między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą umowach międzynarodowych z dziedziny obronności i współpracy gospodarczej. Wykonawca poinformował również, że Ministerstwo Spraw Zagranicznych wskazało następujące umowy:

- umowę międzynarodową o partnerstwie i współpracy – weszła w życie w roku 1998,*
- protokół do umowy o partnerstwie i współpracy (UpiW) – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 224/16 – 16 sierpnia 2006 r.,*
- układ o stowarzyszeniu między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi a Ukrainą – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 29 maja 2014 L 161.,*
- umowę międzynarodową z Ukrainą o nazwie Porozumienie między Rządem Rzeczypospolitej a Rządem Ukrainy o wzajemnych dostawach uzbrojenia, techniki wojskowej i świadczeniu usług o charakterze wojskowo-technicznym – porozumienie zawarte 10 października 1996 r.,*
- porozumienie między Ministerstwem Obrony Narodowej RP a Ministerstwem Obrony Ukrainy o współpracy w dziedzinie wojskowej zawarte przez Unię Europejską jak i Rzeczpospolitą Polskę,*
- umowę między Rządem RP a Gabinetem Ministrów Ukrainy o współpracy gospodarczej zawarta przez Unię Europejską jak i Rzeczpospolitą Polskę.*

Zamawiający, pismem nr 4426/VIII z dnia 06.10.2014 r. zwrócił się do Ministerstwa Spraw Zagranicznych (...) z prośbą o udzielenie informacji, czy Ukraina zawarła umowę międzynarodową dotyczącą zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z Unią Europejską lub Rzeczpospolitą Polską.

W dniu 30.10.2014 r. do kancelarii Zamawiającego wpłynęło – od Departamentu Prawno-Traktatowego Ministerstwa Spraw Zagranicznych – pismo oznaczone symbolem DPT.227.146.2014/2, w którym wskazano m.in. "W nawiązaniu do Pana pisma (...) w sprawie prośby o informację, na temat umów międzynarodowych zawartych między Ukrainą a Unią Europejską lub Polską a dotyczących zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, Departament Prawno-Traktatowy Ministerstwa Spraw Zagranicznych

uprzejmie informuje, że brak jest w polskiej bazie traktatowej umów regulujących tę kwestię wprost.”

Ponadto, w przedmiotowym piśmie wskazano cztery umowy międzynarodowe dwustronne i jedną wielostronną, odnoszące się “(...) do ww. tematyki a obowiązujące w stosunkach między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą oraz między Ukrainą a Unią Europejską.”

W związku z tym, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, polegającym na wykonaniu newralgicznych robót budowlanych, tj. robót budowlanych do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania oraz je zawierają, żadna z umów międzynarodowych przedstawionych przez Wykonawcę oraz Departament Prawno-Traktatowy Ministerstwa Spraw Zagranicznych nie dotyczy tych zamówień.

Korporacja “ALTIS-HOLDING”, jako jeden z partnerów konsorcjum, które złożyło wspólnie wniosek na przedmiotowe postępowanie, ma siedzibę na Ukrainie, która nie jest członkiem Unii Europejskiej oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego, jak również nie zawarła z Rzeczpospolitą Polską lub Unią Europejską umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie przepisu art. 131e ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, którzy mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwa, o których mowa w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 131d ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 131d ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Jednakże, zgodnie z przepisem art. 131d ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw, niż wymienione w ust. 1.

Odkodowując normy prawne zawarte w powołanych przepisach należy dojść do przekonania, że zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę (wykonawców), który ubiega się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nie mając jednakowoż siedziby lub miejsca zamieszkania na terenie państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub w państwie, które zawarło umowę

międzynarodową z Unią Europejską lub Rzeczpospolitą Polską, dotyczącą przedmiotowych zamówień. Jednocześnie ustawodawca wykreował dla zamawiającego uprawnienie, że może odstąpić od tej zasady i dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców z innych państw niż wymienione, jednakże powyższe zobowiązany jest wskazać w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Dla ustalenia, czy została zawarta umowa międzynarodowa pomiędzy Unią Europejską lub Rzeczpospolitą Polską w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa konieczne jest sięgnięcie po pierwsze do definicji zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, która została zawarta w przepisie art. 131a ust. 1 ustawy Pzp. W powołanym przepisie wskazano, że w kategorii tego rodzaju zamówień mieszczą się zamówienia, których przedmiotem są:

- 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 2) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 3) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
- 4) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż wobec faktu, że jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest podmiot mający siedzibę na Ukrainie, a więc poza Unią Europejską i Europejskim Obszarem Gospodarczym, konieczne jest ustalenie, ze względu na obowiązek wynikający z przepisu art. 131e ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, czy Ukraina zawarła z Unią Europejską lub Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową w przedmiocie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa, zdefiniowanych w przepisie art. 131a ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia i treść regulacji przepisu art. 131d ust. 1 ustawy Pzp, nie sposób przyjąć, że umowa ta dotyczyć może zamówień jakichkolwiek z dziedziny obronności i bezpieczeństwa i w jej zakresie nie muszą mieścić się zamówienia inne niż te, stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. Skoro bowiem o możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty spoza wskazywanego obszaru decyduje umowa międzynarodowa, to nie ulega wątpliwości, że przedmiot jej regulacji winien swoim zakresem obejmować przedmiot zamówienia, o które wykonawca się ubiega. W przeciwnym bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia z sytuacją,

w której mimo braku porozumienia państw w tym zakresie, zamówienie byłoby wykonywane w przedmiocie, co do którego woli współpracy państwa nie wyraziły.

Tym samym stwierdzić należy, że jedynie wykazanie, iż Ukrainę łączy z Unią Europejską lub Rzeczpospolitą Polską umowa międzynarodowa obejmująca współpracę w obszarze robót budowlanych i usług do szczególnych celów wojskowych lub newralgicznych robót budowlanych lub usług, stanowić będzie o możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez wykonawcę ukraińskiego. Co więcej, niezbędne jest, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, aby to porozumienie dotyczyło przynajmniej newralgicznych robót budowlanych, o których mowa w przepisie art. 2 ust. 5a ustawy Pzp.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż takie umowy zostały zawarte i w treści odwołania je wskazuje. Zatem, analiza treści rzeczonych umów i ustalenie, czy ich przedmiot mieści się w zakresie zamówień, o których mowa w przepisie art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp będzie miało rozstrzygające znaczenia dla niniejszej sprawy.

W pierwszej kolejności uwagi więc wymaga Porozumienie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Ukrainy o wzajemnych dostawach uzbrojenia, techniki wojskowej i świadczeniu usług o charakterze wojskowo-technicznym zawarte 10 października 1996 r. Analiza jego treści, a w szczególności artykułu 1. nie pozostawia wątpliwości, że porozumienie w ogóle nie dotyczy robót budowlanych, a tym bardziej newralgicznych robót budowlanych. Umawiające się Strony postanowiły bowiem, że będą sprzyjać współpracy obejmującej: 1) dokonywanie dostaw uzbrojenia, techniki wojskowej i innej produkcji wojskowej, 2) zapewnienie eksploatacji, remontu i modernizacji uzbrojenia i techniki wojskowej, a także świadczenie innych usług o charakterze techniczno-wojskowym, 3) świadczenie usług w modernizacji, remoncie i eksploatacji uzbrojenia i techniki wojskowej, produkowanych w krajach trzecich, 4) realizację prac badawczo-rozwojowych i wdrożeniowych w zakresie opracowywania i modernizacji uzbrojenia i techniki wojskowej, oraz ich badań na poligonach doświadczalnych Polski i Ukrainy, 5) sprzedaż licencji na produkcję uzbrojenia, techniki wojskowej i świadczenie pomocy technicznej w organizowaniu ich produkcji, 6) wymianę specjalistów w celu świadczenia pomocy w realizacji wspólnych programów w dziedzinie usług wojskowo-technicznych, 7) wymianę doświadczeń i informacji w zakresie opracowań, produkcji i badań uzbrojenia i techniki wojskowej, 8) szkolenie personelu stosownie do potrzeb i możliwości umawiających się Stron, 9) prowadzenie badań rynkowych w celu sprzedaży wspólnie wytworzonych typów uzbrojenia i sprzętu wojskowego.

Jeśli idzie o Umowę o partnerstwie i współpracy między Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi a Ukrainą, podpisaną w Luksemburgu w dniu 14 czerwca 1994 r., która weszła w życie w dniu 1 marca 1998 r. oraz Protokół do umowy o partnerstwie

i współpracy (UPIW) między Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony, w celu uwzględnienia przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii oraz Republiki Słowackiej do UPIW i dotyczący dostosowań do UPIW (Dz.U.U.E.L.2006.224.16), to w szczególności zwrócić należy uwagę na postanowienia art. 52 rzeczony umowy, gdzie umawiające się Strony zobowiązały się do podjęcia współpracy gospodarczej, która ma się przyczynić do przeprowadzania reform oraz polepszenia sytuacji gospodarczej oraz do trwałego rozwoju Ukrainy. Zdecydowano, że w tym celu współpraca będzie koncentrować się na współpracy przemysłowej, wspieraniu i ochronie inwestycji, zamówieniach publicznych, normach i ocenie zgodności, sektorze górnictwa i surowców, nauce i technologii, systemie edukacji i kształcenia, rolnictwie i sektorze rolno-przemysłowym, żywnościowym, energetyce, środowisku, transporcie, telekomunikacji, usługach finansowych, praniu brudnych pieniędzy, polityce pieniężnej, rozwoju regionalnym, współpracy społecznej, turystyce, małych i średnich przedsiębiorstwach, informacji i komunikacji, ochronie konsumenta, współpracy w dziedzinie statystyki, ekonomii i narkotykach (art. 52 ust. 3 przedmiotowej umowy).

Zaś, współpraca przemysłowa, w świetle powoływanej umowy, ma w szczególności na celu popieranie: rozwoju kontaktów gospodarczych między podmiotami gospodarczymi obu stron, udziału Wspólnoty w wysiłkach podejmowanych przez Ukrainę w celu restrukturyzacji i rozwoju technicznego przemysłu, polepszania zarządzania, rozwoju odpowiednich zasad i praktyk handlowych, łącznie z wprowadzaniem do obrotu produktów, ochrony środowiska, dostosowania struktury produkcji przemysłowej do standardów zaawansowanej gospodarki rynkowej, przekształcania kompleksu wojskowo-technicznego (art. 53 przedmiotowej umowy).

Celem współpracy w obszarze wspierania i ochrony inwestycji jest stworzenie korzystnego klimatu dla inwestycji, zarówno krajowych, jak zagranicznych, szczególnie przez lepsze warunki ochrony inwestycji, przepływu kapitału oraz wymianę informacji w zakresie możliwości inwestycyjnych (art. 54 ust. 1 powoływanej umowy). Współpraca ma w szczególności na celu: zawieranie, w odpowiednim przypadku, między Państwami Członkowskimi a Ukrainą, porozumień o popieraniu i ochronie inwestycji; zawieranie, w odpowiednim przypadku, między Państwami Członkowskimi a Ukrainą, porozumień w celu zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu; stworzenie korzystnych warunków w celu przyciągnięcia zagranicznych inwestorów na grunt gospodarki Ukrainy; ustalenie stabilnych i adekwatnych praw i warunków handlowych, jak również wymianę informacji w zakresie ustaw, przepisów wykonawczych i praktyk administracyjnych w dziedzinie inwestycji; wymianę informacji dotyczącą możliwości inwestycyjnych między innymi w ramach targów

handlowych, wystaw, tygodni handlowych i innych wydarzeń (art. 54 ust. 2 rzeczony umowy). Strony umówiły się również na współpracę w celu rozwoju warunków dla otwartej konkurencji przy zawieraniu transakcji w dziedzinie dóbr lub usług, w szczególności w drodze przetargów (art. 55 rzeczony umowy).

Powyższe wskazuje, że współpraca gospodarcza, przemysłowa i z zakresu wspierania i ochrony inwestycji nie obejmuje newralgicznych robót budowlanych. Rzeczpospolita Polska w oparciu o przedmiotową umowę nie zawarła również odrębnych umów odnoszących się do tej problematyki. Natomiast, współpraca w dziedzinie zamówień publicznych dotyczy jedynie dóbr i usług a nie robót budowlanych i ma na celu znoszenie barier dla otwartej konkurencji.

Wskazując na Układ o stowarzyszeniu między Unią Europejską i Europejską Wspólnotą Energii Atomowej oraz ich Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony (Dz.U. UE L z dnia 29 maja 2014 r.), Odwołujący powołał się na postanowienia Rozdziału 8 Zamówienia publiczne, zawartego w Tytule IV tegoż Układu. Warto więc w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 148 powołanego Układu, strony uznają wkład przejrzystych, niedyskryminacyjnych, konkurencyjnych i otwartych procedur przetargowych w zrównoważony rozwój gospodarczy oraz przyjmują za swój cel skuteczne, wzajemne i stopniowe otwarcie swoich rynków zamówień publicznych. W niniejszym rozdziale przewidziano wzajemny dostęp do rynków zamówień publicznych na podstawie zasady traktowania narodowego na poziomie krajowym, regionalnym i lokalnym w odniesieniu do zamówień publicznych i koncesji w sektorze tradycyjnym i w sektorze użyteczności publicznej. Przewiduje on stopniowe zbliżanie prawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych na Ukrainie z dorobkiem prawnym Unii w tej dziedzinie, wraz z reformą instytucjonalną oraz utworzeniem skutecznego systemu zamówień publicznych na podstawie zasad regulujących zamówienia publiczne w Stronie UE oraz warunki i definicje określone w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej zwanej "dyrektywą 2004/18/WE") oraz dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (dalej zwanej "dyrektywą 2004/17/WE").

Jednocześnie postanowiono, że niniejszy rozdział ma zastosowanie do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, jak również do zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi w sektorach użyteczności publicznej oraz do koncesji na roboty budowlane i usługi. 149.

Przy czym nie można pomijać, że zgodnie z art. 85 ust. 2 powołanego Układu: zamówienia publiczne reguluje rozdział 8 (Zamówienia publiczne) tytułu IV niniejszego

Układu i żadne z postanowień niniejszego rozdziału nie może być rozumiane jako nakładające jakiegokolwiek zobowiązania w zakresie zamówień publicznych. Strony jedynie postanowiły, że będą stopniowo i równocześnie dążyć do skutecznego i wzajemnego otwarcia swoich rynków (art. 154 ust. 1 powoływanego Układu).

Przedmiotowe regulacje skłaniają do wniosku, że strony podejmą dopiero odpowiednie kroki w celu otwarcia rynków i zbliżenia prawodawstwa na poziomie narodowym. Jest to więc zapowiedź określonych działań na zasadzie wzajemności i na poziomie narodowym. W związku z tym nie można z powyższego wywodzić o jakiegokolwiek współpracy w zakresie newralgicznych robót budowlanych.

Najważniejsze jednak, niezależnie od charakteru i zakresu omawianej umowy jest, że mocą Decyzji Rady z dnia 29 września 2014 r. zmieniającej decyzję 2014/668/UE w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej, oraz tymczasowego stosowania Układu o stowarzyszeniu między Unią Europejską i Europejską Wspólnotą Energii Atomowej oraz ich Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony, w odniesieniu do jego tytułu III (z wyjątkiem postanowień dotyczących traktowania pracowników będących obywatelami państw trzecich legalnie zatrudnionych na terytorium drugiej Strony) oraz tytułów IV, V, VI i VII, jak również powiązanych załączników i protokołów (2014/691/UE), Dz. Urz. UE L 289/1, do dnia 31 grudnia 2015 r. odroczone stosowanie postanowień omawianego Układu dotyczących handlu (tytuł IV).

Odwołujący ograniczył się w treści odwołania do wskazania omówionych aktów prawnych, stąd Izba mając na względzie przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp i przyjętą w orzecznictwie definicję zarzutu, rozumianego jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych, dokonała oceny w świetle powołanych przez Odwołującego przepisów.

Okoliczność, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu może określić, iż o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy z innych państw niż wymienione w art. 131d ust. 1 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na dokonaną ocenę, bowiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu z takiego rozwiązania nie skorzystał.

Z tych względów decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania okazała się słuszna, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 131e ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należało uznać za chybiony, podobnie zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do składania ofert jest uzasadnione, co czyni zarzut naruszenia przepisu art. 51 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp bezpodstawnym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 2.460,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....