

POSTANOWIENIE

z dnia 4 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **4 września 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2014 r.

przez wykonawcę: **„TTcomm” S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Dostawa, montaż, uruchomienie oraz przeprowadzenie szkolenia „Terminal Satelitarny w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) – 6 kpl.* prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **INDRA SISTEMAS S.A. z siedzibą w Alcobendas (Madryt) w Hiszpanii** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2.** Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„TTcomm” S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze

Sygn. akt KIO 1710/14

postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, w trybie zamówienia z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa, montaż, uruchomienie oraz przeprowadzenie szkolenia „Terminal Satelitarny w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) – 6 kpl.* 16 sierpnia 2014 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S_156-280679 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w tym przedmiocie z INDRA ESPACIO S.A. z siedzibą w San Fernando de Henares (Madryt) w Hiszpanii {spółkę zwaną również dalej w skrócie „Indra Espacio”}, czyli tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 sierpnia 2014 r. Odwołujący – „TTcomm” S.A. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „TTcomm”} wniósł – w formie pisemnej – odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 131h ust. 6 pkt 1 i 4 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a – przez przyjęcie, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia z przyczyn technicznych jest Indra Espacio, podczas gdy na rynku występują również inne podmioty będące w stanie wykonać przedmiot zamówienia objęty postępowaniem, w szczególności Odwołujący.
2. Art. 131h ust. 6 pkt 4 – przez przyjęcie, że zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu posiadanego sprzętu, podczas gdy na rynku występują również inne podmioty będące w stanie wykonać przedmiot zamówienia objęty postępowaniem, w szczególności Odwołujący, i gwarantujące dostawę urządzeń o tożsamych parametrach oraz kompatybilne z tymi, które dostarczał dotychczasowy wykonawca) Indra Espacio.
3. Art. 7 ust. 1 oraz 131h ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powoduje faworyzowanie konkretnego wykonawcy oraz utrudnienie, a wręcz uniemożliwienie, innym potencjalnym wykonawcom, w tym

Odwołującemu, pozyskania zamówienia, w szczególności przez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, tj. przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w sytuacji, gdy w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi żadna z okoliczności przewidzianych ustawowo jako przesłanka zastosowania trybu niekonkurencyjnego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia prowadzonego postępowania, w tym unieważnienia czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz dalszych czynności dokonanych w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyżej wymienione zarzuty przez podanie w szczególności następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

{okoliczności dotyczące wcześniej prowadzonego postępowania}

Odwołujący podał, że przedmiotowe postępowanie jest co najmniej drugim prowadzonym w przeciągu ostatnich trzech lat na dostawę, montaż, integrację z systemami okrętowymi i uruchomienie okrętowych zestawów satelitarnych w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) – VSAT, przeznaczonych na wyposażenie okrętów MW {Marynarki Wojennej}. Postępowanie o analogicznym przedmiocie zamówienia prowadzone było m.in. w 2011 r. przez Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP, w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy 5/CWTiD/2011), a jedyna różnica dotyczyła liczby zamawianych kompletów VSAT, gdyż wówczas były to 2 komplety. W postępowaniu tym ofertę złożyli: Odwołujący (TTcomm) – z ceną 2.312.180 zł, Indra Espacio – z ceną 3.288.930 zł oraz Wojskowe Zakłady Łączności nr 1 – z ceną 4.210.000 zł. Pierwotnie oferta TTcomm została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednak na skutek uwzględnienia przez Izbę odwołania Indra Espacio – wyrokiem z 25 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 999/11 – ostatecznie oferta TTcomm została odrzucona {z uwagi na nie załączenie do oferty wymaganego w SIWZ schematu technicznego}, a zamówienie zostało udzielone Indra Espacio.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że o dostawę, montaż uruchomienie oraz przeprowadzenie szkolenia w zakresie terminalu satelitarnego w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) – VSAT okrętowego, 6 kompletów może – analogicznie jak w 2011 r. – ubiegać się swobodnie 3 wykonawców, w tym Odwołujący, a udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki Indra Espacio nie znajduje uzasadnienia.

Odwołujący oświadczył, że w dobrej wierze zakłada brak wiedzy Zamawiającego {dodając jednak, że jest to mało prawdopodobne} o kulisach i historii wcześniej

prowadzonego postępowania. Jednak w ocenie Odwołującego Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności mógł posiadać stosowną wiedzę, że nie istnieją żadne przeciwwskazania techniczne, aby przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie konkurencyjnym.

{ad 1 i 2}

Odwołujący zrelacjonował, że jako uzasadnienie decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający podał w sekcji IV.1) ogłoszenia, że *Roboty budowlane/towary/usługi mogą być zrealizowane lub dostarczone tylko przez określonego oferenta z przyczyn technicznych, a zamówienie dotyczy sprzętu, o którym mowa w art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy, celem zaspokojenia potrzeb Sił Zbrojnych. Pozyskanie terminali satelitarnych stanowiących przedmiot postępowania będzie zwiększeniem dostaw dla Użytkownika i pozwoli na jednolitą rozbudowę istniejących instalacji, a także przyczyni się do zabezpieczenia łączności telefonicznej/satelitarnej oraz transmisji danych w wojskowych kanałach satelitarnych w MW RP. Powyższe funkcje są niezbędne do wykonywania zadań stawianych w składzie sił zadaniowych Marynarki Wojennej RP oraz NATO. Powyższe pozwoli na budowę sieci telekomunikacyjnych w technologii radiowej o dużej przepływności w postaci radiowych mobilnych centrów telekomunikacyjnych, integrując w sobie urządzenia służące do komutacji kanałów i pakietów danych.*

Zdaniem Odwołującego twierdzenie przez Zamawiającego, że zamówienie ma na celu pozyskanie terminali satelitarnych, a tym samym „zwiększenie dostaw”, co umożliwi „rozbudowę istniejących instalacji”, jest swego rodzaju nadużyciem, gdyż preferowany przez Zamawiającego Wykonawca dostarczył zaledwie 2 komplety VSAT okrętowe, a obecnie Zamawiający pragnie udzielić Indra Espacio zamówienia na dostawę kolejnych 6 kompletów. Skala zamówienia wskazuje jednoznacznie, że nie jest to dodatkowa (akcesoryjna) dostawa, ale całkowicie nowe zamówienie.

Odwołujący zrelacjonował dalej, że Zamawiający w ogłoszeniu podniósł, co następuje: *terminale satelitarne VSAT wyposażone są w modemy satelitarne, umożliwiające zestawienie połączeń radiowych na długich dystansach, w różnych konfiguracjach pracy sieci radiowych. Interfejsy liniowe terminala umożliwiają dowiązanie go do każdego obecnie istniejącego węzła łączności na okrętach MW RP. W oparciu o powyższe terminale można rozwinąć zintegrowane sieci teleinformatyczne stanowisk dowodzenia i kierowania na okrętach MW RP, zapewniając przy tym szeroką gamę usług sieciowych. Pozyskanie sprzętu o innych parametrach technicznych powodowałoby niekompatybilność i nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w jego użytkowaniu i utrzymaniu poprzez uniemożliwienie (...)*

Odwołujący oświadczył, że doskonale wie w co wyposażone są terminale VSAT, i co

one umożliwiają, gdyż tożsame terminale jak te, które dostarczyła Indra Espacio, oferował w pierwszym postępowaniu. W opinii Odwołującego nie sposób wywieść jaki sprzęt o innych parametrach ma na myśli Zamawiający.

Odwołujący zrelacjonował, że w konkluzji Zamawiający doszedł do następującego wniosku: *zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 131h ust. 6 pkt. 4, w związku z art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którymi zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na to, że zmiana Wykonawcy mogłaby zobowiązać zamawiającego do nabywania urządzeń o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność z dotychczas wykorzystywanymi przez SZ RP urządzeniami. Zakup innych urządzeń spowodowałby nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w zakresie użytkowania SpW, jak również wzrost kosztów cyklu życia sprzętu, przede wszystkim zabezpieczenia logistycznego i szkolenia, co stoi w sprzeczności z przestrzeganiem zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków (...)*

Według Odwołującego skoro preferowana przez Zamawiającego Indra Espacio ma dostarczyć sprzęt kompatybilny z dotychczas wykorzystywanymi w SZ RP urządzeniami, ergo z dotychczas dostarczonymi przez Indrę zestawami VS.A.T, nie może być mowy o spełnieniu przesłanek wynikających z art. 131h ust. 6 pkt 4 pzp. Tożsamy, kompatybilny sprzęt zapewniający pełną interoperacyjność z funkcjonującymi w Siłach Zbrojnych RP systemami, mogą bowiem również dostarczyć Odwołujący oraz Wojskowe Zakłady Łączności nr 1, jak miało to miejsce poprzednio. Złożenie ofert w poprzednim postępowaniu było jednoznaczną deklaracją i gotowością dostarczenia terminali satelitarnych w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) – VSAT okrętowych. Co sprawia, że nie tylko Indra posiada wyrób, który w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego i Siłom Zbrojnym RP.

Odwołujący podniósł, że z powyższym uzasadnieniem wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie sposób się zgodzić, gdyż nie pokrywa się ono m.in. ze stanem faktycznym poprzedniego postępowania, a wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego jest jak najbardziej możliwe przez inne podmioty oferujące dostawę systemów satelitarnych VSAT, w tym przez Odwołującego. W szczególności brak jest jakichkolwiek przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze uniemożliwiających wykonanie przedmiotowego zamówienia wykonawcom innym niż Indra Espacio. W opinii Odwołującego – poza ogólnikowymi frazesami o rzekomej niekompatybilności i rzekomych innych właściwościach technicznych sprzętu oferowanego przez innych wykonawców – Zamawiający nie przywołuje żadnych dowodów lub okoliczności świadczących o spełnieniu przesłanek przywoływanego art. 131h ust. 6 pkt 4 pzp.

Odwołujący wskazał, że od lat funkcjonuje na rynku systemów łączności satelitarnej,

a działając od 1996 r. jako operator satelitarny, posiada najdłuższe doświadczenie na rynku polskim w zakresie realizacji projektów, gdzie głównym medium transmisyjnym jest łączność satelitarna. Integracja, obsługa oraz serwis systemów łączności satelitarnej stanowi główny element działalności TTcomm. Odwołujący z powodzeniem dostarcza systemy łączności satelitarnej typu VSAT na potrzeby jednostek wojskowych. Tylko w obecnym roku realizuje m.in. dostawę 11 kompletów terminali satelitarnych VSAT wraz z usługą integracji na potrzeby teletransmisji na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 4226 w Krakowie. TTcomm ma zawarte wieloletnie umowy na dostawę sprzętu tożsamego z wymaganym przez Zamawiającego, z takimi firmami jak ORBIT Communications Ltd czy ND SatCom GmbH, które to umowy te umożliwiają uzyskiwanie sprzętu i usług po atrakcyjnych cenach. Terminale VSAT dostarczane przez TTcomm wyposażone są w modemy satelitarne, umożliwiające zestawienie połączeń radiowych na długich dystansach, w różnych konfiguracjach pracy sieci radiowych. Interfejsy liniowe terminali VSAT oferowanych przez TTcomm umożliwiają dowiązanie go do każdego obecnie istniejącego węzła łączności na okrętach MW RP. W oparciu o terminale VSAT oferowane przez TTcomm można rozwinąć zintegrowane sieci teleinformatyczne stanowisk dowodzenia i kierowania na okrętach MW RP, zapewniając przy tym szeroką gamę usług sieciowych w NATO. Terminal oferowany przez TTcomm zapewnia bezkonfliktowe wykorzystanie swojego potencjału w sieciach łączności i dowodzenia MW RP, jak również koalicyjnych NATO na okrętach wydzielonych do udziału w operacjach morskich.

Odwołujący podsumował, że jest w stanie wykonać dostawy wraz z montażem, uruchomieniem i przeprowadzeniem szkolenia terminala VSAT oraz zapewnić realizację wszystkich wymagań Zamawiającego, w tym w zakresie zapewnienia kompatybilności i pełnej interoperacyjności z urządzeniami wykorzystywanymi dotychczas w Siłach Zbrojnych RP.

Ponadto Odwołujący podniósł, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym. Jest to niekonkurencyjny sposób udzielenia zamówienia publicznego, możliwy do zastosowania wyłącznie w szczególnych sytuacjach, wypełniających przesłanki wymienione enumeratywnie w ustawie pzp. Przesłanki te powinny mieć charakter obiektywny, należy je interpretować ściśle, zaś ciężar dowodu, że faktycznie zaistniały okoliczności umożliwiające zastosowanie przedmiotowej procedury, spoczywa na Zamawiającym, gdyż to on ze swego twierdzenia wywodzi skutek w postaci uprawnienia do zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w trybie niekonkurencyjnym {w odwołaniu odesłano do wyroku Izby z 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 533/10}.

Z kolei okoliczności uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy muszą mieć

Sygn. akt KIO 1710/14

zasadniczy charakter, aby można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, co ma charakter nieprzewidywalny i sprawia, że *de facto* na rynku istnieje tylko jeden wykonawca mogący zrealizować dane zamówienie. Odwołujący powołał się na ugruntowane w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej {w odwołaniu przywołano fragmenty uzasadnień uchwał z: 2 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 37/12), 21 września 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 70/11), 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 43/11) i 7 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 116/13) oraz fragment uzasadnienia wyroku z 3 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 529/14).

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, po pierwsze – powołał się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a (w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 4) ustawy pzp, tj. na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, jednak uzasadnienie faktyczne nie zawiera wykazania zajścia okoliczności o obiektywnym charakterze, nieprzewidywalnych, które powodują, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca będący w stanie wykonać przedmiotowe świadczenie. Po drugie – Zamawiający wskazał na art. 131h ust. 6 pkt 4 pzp, jednak również w tym przypadku nie wykazał spełnienia przesłanek, gdyż nie tylko Indra Espacio jest w stanie oferować urządzenia kompatybilne z dotychczas wykorzystywanymi przez SZ RP. Rzekoma niekompatybilność, z powodu której Zamawiający uważa, że żaden inny wykonawca, w tym Odwołujący, nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia, nie zachodzi.

{ad 3}

Odwołujący wywiódł, że z art. 7 ust. 1 pzp wynikają dwie fundamentalne dla Prawa zamówień publicznych zasady ogólne: (I) równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości), (II) przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji). Pierwsza z tych zasad oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Ponadto każdy ma zapewniony równy dostęp do udziału w postępowaniu, jeżeli nie dochodzi spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 67 pzp. Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, w tym wyboru właściwego trybu oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnego jego przeprowadzenia. Przy czym obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach.

Odwołujący podniósł, że okoliczności opisane przy poprzednich zarzutach świadczą również o rażącym naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także prymatu trybów konkurencyjnych (jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, tj. przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem), gdyż

zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji, gdy na rynku istnieją inni wykonawcy niż Indra, będące w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, wprost prowadzi do preferowania konkretnego wykonawcy oraz uniemożliwienia innym wykonawcom, w tym Odwołującemu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia uzasadnionych ustawowo powodów narusza prawo, a naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż nie może być w żaden sposób konwalidowane na późniejszym etapie postępowania. Ponieważ kontynuowanie takiego postępowania prowadziłoby do zawarcia umowy obciążonej wadą wskazaną w art. 146 ust. 1 pkt 1 pzp, Odwołujący wniósł o jego unieważnienie.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający – wybierając tryb niekonkurencyjny – doprowadził do sformułowania ogłoszenia: po pierwsze – uniemożliwiającego swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty, po drugie – ograniczającego konkurencję; po trzecie – uprzywilejowującego jednego z wykonawców; po czwarte – *nieuzasadnionego wartością zamówienia, jego charakterystyką ani stopniem złożoności.*

Do odwołania załączono dokumentację przywołanego postępowania o udzielenie zamówienia nr 5/CWTiD/2011 w zakresie: s.i.w.z, wyciągu z oferty TTcomm i zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 maja 2011 r.

Pismem z 25 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 25 sierpnia 2014 r. informację o wniesionym odwołaniu wraz z jego kopią przesłał drogą elektroniczną Wykonawcy, któremu zamierzał udzielić zamówienia z wolnej ręki.

28 sierpnia 2014 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej – zgłoszenie przez INDRA SISTEMAS S.A. z siedzibą w Alcobendas (Madryt) w Hiszpanii {spółka zwana również dalej w skrócie „Indra Sistemas”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż zgodnie z ogłoszeniem Zamawiający zamierza udzielić mu zamówienia, a ponadto pismem z 13 sierpnia 2014 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego zaproszenie do udziału w negocjacjach. Natomiast uwzględnienie odwołania doprowadzi do utraty możliwości zawarcia umowy w zakresie objętym postępowaniem oraz osiągnięcia przychodów i zysku w wyniku realizacji przedmiotowej dostawy na rzecz Zamawiającego.

Przystępujący nadmienił, że w treści ogłoszenia Zamawiający wskazał Indra Espacio S.A. jako wykonawcę, któremu zamierza udzielić zamówienia, ponieważ Indra Sistemas S.A.

jest jej następcą prawnym, traktuje takie oznaczenie jako zwykłą omyłkę pisarską.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Izba na podstawie art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję co do powyższego przystąpienia zgłoszoną przez Odwołującego na posiedzeniu, a ostatecznie popartą również przez Zamawiającego, gdyż nie wykazali oni, że Wykonawca Indra Sistemas nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Izba zważyła, że z art. 185 ust. 2 pzp wynika, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do strony postępowania odwoławczego ma mieć interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Odmienne niż w przypadku legitymacji do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 pzp, przystępujący wykonawca nie ma obowiązku wykazać ściśle interesu w uzyskaniu zamówienia, ani w ogóle nie musi wykazywać szkody. Ponadto interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść danej strony ocenia się według stanu na chwilę wniesienia odwołania, kiedy w postępowaniu odwoławczym występują dwie przeciwstawne, nie tylko pod względem formalnym, strony – odwołujący i zamawiający. Stąd przystępujący po stronie odwołującego ma wykazać interes w uwzględnieniu odwołania, w przeciwieństwie do przystępującego po stronie zamawiającego, który ma wykazać interes w oddaleniu odwołania. W konsekwencji uwzględnienie w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie powoduje, że zmienia się interes przystępującego w oddaleniu odwołania. Wręcz przeciwnie, w takiej sytuacji przystępujący wykonawca może bronić tego interesu, zgłaszając sprzeciw wobec takiej czynności zamawiającego, co powoduje skierowanie odwołania do merytorycznego rozpoznania na rozprawie {art. 186 ust. 4 pzp}.

Powyższe rozważania przesądzają o bezzasadności opozycji zgłoszonej przez Odwołującego, który podniósł brak wykazania przez Indra Sistemas, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania zamyka temu Wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia, a także naraża go na szkodę.

Izba uznała również za nieudowodnioną przez Odwołującego lub Zamawiającego okoliczność, że Indra Sistemas nie jest następcą prawnym Indra Espacio. Izba stwierdziła, że przeciwny wniosek wynika nie tylko z treści zgłoszenia przystąpienia, ale również z ustaleń poczynionych przez Zamawiającego, który w uzasadnieniu unieważnienia postępowania szczegółowo opisał dokumenty rejestrowe, z których takie następstwo prawne wynika.

Reasumując, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Indra Sistemas nie miała

interesu w oddaleniu odwołania. Niczego nie zmienia w tym zakresie dokonane przez Zamawiającego unieważnienie postępowania, gdyż jest to czynność, od której ten Wykonawca może wnieść odwołanie, w tym zakwestionować uznanie przez Zamawiającego, że dalsze prowadzenie postępowania prowadziłyby do zawarcia umowy z nieistniejącym podmiotem.

2 września 2014 r. wpłynęła do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że po analizie treści odwołania podjął decyzję o:

1. Uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu {załączając pismo przekazane do Odwołującego}.
2. Unieważnieniu prowadzonego postępowania {załączając zawiadomienie o unieważnieniu postępowania}.
3. Poinformowaniu następcy prawnego Indra Espacio – Indra Sistemas o podjęciu powyższych czynności w postępowaniu.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał jako podstawę prawną art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 pzp, czyli obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającej na zastosowaniu z naruszeniem przepisów ustawy pzp trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający podał w uzasadnieniu, że z odwołania powziął informację o istnieniu innego niż Indra Espacio wykonawcy mogącego podjąć się realizacji zamówienia, bez nabycia materiałów o innych właściwościach technicznych, przy braku niekompatybilności lub *nieproporcjonalnie dłuższych* trudności technicznych w użytkowaniu i utrzymaniu. Tym samym upadła zasadność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 4 pzp. Ponadto Zamawiający ustalił bezspornie na podstawie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, że Wykonawca, do którego zostało skierowane zaproszenie tj. Indra Espacio S.A. z siedzibą w Madrycie został przejęty w 2011 r. przez Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Madrycie, co znalazło odzwierciedlenie w stosownych dokumentach rejestrowych. Według Zamawiającego również ta okoliczność mieści się w hipotezie podanej powyżej normy prawnej, gdyż *niemożliwe byłoby zawarcie prawnie ważnej umowy z podmiotem nieistniejącym*.

4 września 2014 r. odbyło się posiedzenie Izby, na które nie stawił się Przystępujący, który został prawidłowo powiadomiony o tym terminie posiedzenia.

Zamawiający złożył na posiedzeniu oryginał odpowiedzi na odwołanie wraz z potwierdzeniem otrzymania przez pełnomocnika Indra Sistemas zarówno zawiadomienia o uwzględnieniu odwołania, jak i zawiadomienia o unieważnieniu postępowania {pismo z 3

września 2014 r.}

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 2 września 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności Zamawiającego, które podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że w tej sprawie Zamawiający uczynił już zadość żądaniu odwołania, gdyż unieważnił prowadzone postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Izba uznała, że skoro Przystępujący Indra Sistemas został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone odwołanie, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które jednak się nie stawił, ani nie złożył wniosku o zmianę terminu posiedzenia, co należy poczytać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań {t.j. Dz. U. z 2010 r. poz. 964}, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13

Sygn. akt KIO 1710/14

ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, co do zasady, będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słuszością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo, wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych {w art. 189 ust. 1} zasada szybkości i efektywności tego postępowania – rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawnie dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych przez Izbę w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), a także w postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12).

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący po jego stronie nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu, Izba

Sygn. akt KIO 1710/14

– działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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:

.....

.....