

POSTANOWIENIE
z dnia 25 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**
Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk – Mazuś

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 25 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J., ul. Żytnia 15/22, 01-014 Warszawa, WB Electronics S.A., ul. Poznańska 129/133, 05-850 Ożarów Mazowiecki, Wojskowe Zakłady Łączności Nr 2 S.A., ul. Fabryczna 12, 55-003 Czernica** w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa,**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J., ul. Żytnia 15/22, 01-014 Warszawa, WB Electronics S.A., ul. Poznańska 129/133, 05-850 Ożarów Mazowiecki, Wojskowe Zakłady Łączności Nr 2 S.A., ul. Fabryczna 12, 55-003 Czernica.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami) 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 1179/14

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego - Inspektorat Uzbrojenia Wojskowego z Warszawy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], z uwzględnieniem przepisów rozdziału 4a, którego przedmiotem jest „Dostawa dla SZ RP Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej [WTI]” o wartości wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w związku z Ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante), opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2014 r. pod nr 2014/S 104-182875.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. j. z Warszawy, WB Electronics S.A. z Ożarowa Mazowieckiego i Wojskowe Zakłady Łączności Nr 2 S.A. z Czernicy - podniósł zarzut naruszenia art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy z uwagi na przyjęcie, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia z przyczyn technicznych oraz związanych z ochroną praw wyłącznych jest konsorcjum firm WZŁ Nr 1 S.A., TELDAT Sp. z o.o. sp. k oraz SILTEC Sp. z o.o. Zegrze Płd. (zwane dalej „Konsorcjum WZŁ”).

Zdaniem Odwołującego na rynku występują również inne podmioty będące w stanie wykonać zamówienie objęte przedmiotem postępowania, w tym Odwołujący, i z tego względu prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem preferuje konkretnego wykonawcę oraz utrudnia innym, potencjalnym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwość pozyskania zamówienia, w szczególności poprzez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych w dziedzinach 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.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili – zgodnie z wymaganiami art. 185 ust.2 ustawy Pzp - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A. - TELDAT Sp. z o.o. sp. k. -SILTEC Sp. z o.o. [dalej: Przystępujący], zgłaszając przystąpienie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 24 czerwca 2014 r. oraz wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wykonawca oświadczył, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, podnosząc jednocześnie, że przedmiotowe zamówienie miało być udzielone na jego rzecz, jako jedyne wykonawcy mogącego wykonać to zamówienie, albowiem Zamawiający w wyniku prawidłowo przeprowadzonej długotrwałej oraz wnikliwej fazy analityczno-koncepcyjnej, uznał propozycję Przystępującego za jedyną spełniającą wymagania Sił Zbrojnych RP i w rezultacie Zamawiający zaprosił Odwołującego do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Przystępujący podkreślił, że uwzględnienie odwołania (...) *narusza interes Zamawiającego, który zobowiązany jest do skutecznej realizacji „Planu Modernizacji Technicznej Sił Zbrojnych RP”, a w tym konkretnym przypadku skutecznego pozyskania dla SZ RP wyrobów w postaci „Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej” od Konsorcjum WTS, które to Zamawiający świadomie wybrał, jako jedyne Wykonawcę, posiadającego w tym zakresie wyroby spełniające jego wymagania i będące zarazem wyrobami zapewniającymi pełną unifikację i kompatybilność ze sprzętem wojskowym aktualnie eksploatowanym w SZ RP, tj. Zintegrowanymi Węzłami Teleinformatycznymi JAŚMIN (125 zestawów), których dotychczasowym dostawcą i jedynym producentem był i nadal jest TELDAT Sp. z o.o. sp.k. oraz Ruchomymi Węzłami Łączności Cyfrowej, Przenośno-Przewoźnymi Terminalami Satelitarnymi, Mobilnymi Terminalami Satelitarnymi, których dotychczasowym dostawcą i jedynym producentem była i nadal jest Spółka Skarbu Państwa - Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A”.*

Przystępujący stwierdził również, że (...) *Jedynie produkty Konsorcjum WTS oraz jego zdolności i kilkunastoletnie doświadczenie ściśle związane z przedmiotem planowanych dostaw pozwalają oraz gwarantują Zamawiającemu skuteczną realizację przedmiotowego zadania i pełną unifikację nowych Węzłów Teleinformatycznych ze sprzętem aktualnie eksploatowanym w SZ RP, których dostawcą były ww. spółki, czego nie jest w stanie zapewnić Odwołujący”.*

Przystępujący wskazał także, że (...) *ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego z uwagi na fakt, iż to właśnie propozycja Przystępującego została uznana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza i jedyna spełniająca oczekiwania Zamawiającego. Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru uprzednio dokonanej propozycji na niekorzyść Zamawiającego tj. Sił Zbrojnych RP oraz Przystępującego. Przystępujący ma zatem interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego. To właśnie Zamawiający w procedurze dialogu technicznego powziął pełną informację, co do zasadności wdrożenia takiego właśnie trybu postępowania, a każde inne rozstrzygnięcie w tej sprawie byłoby działaniem na szkodę Przystępującego i pozbawiłoby go możliwości uzyskania znaczącego kontraktu oraz wynikających z niego korzyści finansowych, a także wizerunkowych*".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 23 czerwca 2014 r. [data wpływu do KIO w dniu 24.06. 2014 r.] oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz, że (...) *dokona weryfikacji (oceny) możliwości realizacji zadania przez innych potencjalnych Wykonawców, mając przede wszystkim na uwadze konieczność zapewnienia pełnej kompatybilności i interoperacyjności w zakresie współpracy WTI z systemami aktualnie posiadanymi, eksploatowanymi oraz wprowadzonymi na wyposażenie SZ R zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z żądaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy*".

Przystępujący wykonawca w piśmie z dnia 25 czerwca 2014 r. wniósł sprzeciw powołując się na art. 186 ust.4 ustawy Pzp z żądaniem oddalenia odwołania oraz powołując się na art. 190 ust.1 i 3 ustawy Pzp wniósł m.in. o przeprowadzenie de facto dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i telekomunikacji, że w szczególności (...) *niemożliwym jest zapewnienie przez Odwołującego pełnej interoperacyjności oraz kompatybilności z eksploatowanymi z Siłach Zbrojnych RP zintegrowanymi węzłami teleinformatycznymi produkcji firmy TELDAT sp. z o.o. sp.k. (...)*

Odwołujący na posiedzeniu - na podstawie art. 185 ust.4 ustawy Pzp zgłosił – opozycję, podnosząc brak interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, podkreślając, że uwzględnienie odwołania także nie będzie naruszało interesu wykonawcy do ubiegania się o zamówienie, albowiem wykonawca ten uczestnicząc

w postępowaniu w każdym innym konkurencyjnym trybie przewidzianym ustawą Pzp ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego staje się jego uczestnikiem, jeżeli ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony do której przystąpił, jednakże zgłoszenie opozycji przeciw przystąpieniu i uwzględnienie opozycji przez Izbę powoduje, że taki wykonawca nie uzyskuje statusu uczestnika postępowania odwoławczego. To z kolei oznacza, że wykonawca ten nie może wnieść sprzeciwu, o którym stanowi art. 185 ust.4 ustawy Pzp, albowiem uprawnienie do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zostało przyznane przez ustawodawcę tylko wykonawcy o statusie uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba w niniejszej sprawie uwzględniła opozycję, albowiem uznała, że Odwołujący w okolicznościach faktycznych sprawy uprawdopodobnił - zgodnie z art. 185 ust.4 zdanie drugie ustawy Pzp – brak interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Zamawiający – tak jak podał w odpowiedzi na odwołanie – uwzględniając to odwołanie w całości, miał przede wszystkim na uwadze konieczność ponownej weryfikacji (oceny) możliwości realizacji zadania przez innych potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego.

Zgodnie z kluczowymi zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych przygotowując [w tym dokonując wyboru trybu] i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia każdy zamawiający zobowiązany jest zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienie może być udzielone tylko na rzecz wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami tej ustawy.

Wybór trybu zamówienia z wolnej ręki zawsze musi być poprzedzony rzetelną i obiektywną oceną zastosowanych przesłanek, albowiem orzecznictwo KIO jak i sądowe wskazuje na konieczność ścisłej wykładni przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki, nie pozwalając na stosowanie wykładni rozszerzającej. Naruszenie przepisów ustawy w zakresie przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, o której stanowi przepis art. 67

ust.1 pkt 1 lit a) i b) powodowałyby nieważność takiego postępowania [art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp], a w konsekwencji, w przypadku udzielenia zamówienia - nieważność zawartej umowy [art. 146 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp].

Powyższe zasady dotyczą także, wobec treści art. 131 h ust.6 pkt 1 ustawy Pzp, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i Zamawiający - tak jak już Izba zauważyła - uwzględniając odwołanie powziął wątpliwości, co do poprawności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dla udzielenia zamówienia, którego przedmiotem jest „Dostawa dla SZ RP Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej [WTI],” zwracając jednocześnie uwagę na potrzebę rzetelnej weryfikacji tej czynności.

Zatem w okolicznościach faktycznych tej sprawy, Przystępujący nie uprawdopodobnił obiektywnie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem jego argumentacja w istocie zmierzała do uprawdopodobniania interesu wykonawcy w domaganiu się oddalenia odwołania.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A. - TELDAT Sp. z o.o. sp. k. - SILTEC Sp. z o.o.- nie było skuteczne i tym samym zgłaszający przystąpienie wykonawcy nie uzyskując statusu uczestnika postępowania odwoławczego nie mogli korzystać z uprawnienia do wniesienia sprzeciwu przyznanego art. 186 ust.4 ustawy Pzp tylko uczestnikowi postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba, stosując odpowiednio przepis art. 186 ust.3 ustawy Pzp, postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Izba wskazuje ponadto, że zgodnie z treścią powołanego przepisu, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o zwrocie wpisu Izba miała na względzie art. 186 ust. 6 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisy 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:

.....

.....