

Sygn. akt: KIO 465/14

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 marca 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 marca 2014 r. w Warszawie odwołania z dnia 10 marca 2014 r. wniesionego przez wykonawcę **Vitrociset S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via Tiburtina 1020, 00156 Rzym (Włochy) zastępowanego przez: M..... T....., adwokata w Spółce Adwokackiej T..... i Partnerzy, ul. Podwale 3/9, 00-252 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

**postanawia:**

**1.umorzyć postępowanie odwoławcze**

**2.nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Vitrociset S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via Tiburtina 1020, 00156 Rzym (Włochy) zastępowanego przez: M..... T....., adwokata w Spółce Adwokackiej T..... i Partnerzy, ul. Podwale 3/9, 00-252 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Vitrociset S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Via Tiburtina 1020, 00156 Rzym (Włochy) zastępowanego przez: M..... T....., adwokata w Spółce Adwokackiej T..... i Partnerzy, ul. Podwale 3/9, 00-252 Warszawa****

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

## **Uzasadnienie**

Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup konwertera informacji radiolokacyjnej dla obiektów ZPR-10S, TU-20L, WSA-10-3 i TSS-10S dla potrzeb ich integracji z systemem ACCS”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 maja 2013 r., nr 2013/S 101-172836.

W dniu 27 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Vitrociset S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), zwanego dalej „odwołującym”, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, informując odwołującego, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnienie zamawiający wskazał m.in., iż z wyjaśnień przesłanych przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego pismem nr DK/Wych/ZBIN/3-71/2014III/2 wynika, iż firma VITROCISSET S.P.A. z Włoch posiada odpowiedniki świadectw bezpieczeństwa przemysłowego nie pierwszego a drugiego stopnia do klauzuli TAJNE i NATO SECRET ważne do dnia 3 marca 2021 r., co zgodnie z art. 55 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o Ochronie Informacji Niejawnych oraz Polityką Bezpieczeństwa NATO-C-M(2002)49 oznacza brak możliwości przetwarzania informacji niejawniej we własnych systemach teleinformatycznych wykonawcy.

W dniu 10 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 10 marca 2014 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 22, art. 25 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie spełnił warunków dopuszczenia go do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji nieuzasadnione niedopuszczenie odwołującego do udziału w tym postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności zamawiającego, względnie o
2. unieważnienie czynności zamawiającego.

W zakresie wniosków dowodowych wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności w nim wskazane
2. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia na rozprawie dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego - pisma zamawiającego z dnia 4 października 2013 roku o znaku V/1227^13 oraz pisma Służby Kontrwywiadu Wojskowego o znaku DK/Wych/ZBIN/G-7V2014III/2 (nr wch. zamawiającego 223/111/14) oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu
3. dopuszczenie i przeprowadzenie z dowodu opinii biegłego w zakresie prawa obcego - prawa włoskiego na okoliczność:
  - a. ustalenia treści regulacji prawnych Republiki Włoskiej w zakresie zdolności do ochrony informacji niejawnych, w tym wskazanie, czy prawo włoskie przewiduje określone stopnie uprawnień potwierdzających zdolność do ochrony informacji niejawnych
  - b. rodzajów dokumentów, certyfikatów, zaświadczeń wydawanych przez odpowiednie organy Republiki Włoskiej w celu potwierdzania zdolności do ochrony informacji niejawnych, w tym w szczególności dokumentów potwierdzających (i) ogólną zdolność do ochrony informacji niejawnych, (ii) zdolność do ochrony informacji niejawnych obejmującą przetwarzanie tych informacji w systemach teleinformatycznych oraz (iii) zdolność do ochrony informacji niejawnych obejmującą możliwość przetwarzania tych informacji w użytkowanych obiektach
  - c. rodzajów dokumentów, certyfikatów, zaświadczeń wydawanych przez odpowiednie organy Republiki Włoskiej w celu potwierdzania zdolności do ochrony informacji niejawnych do klauzuli NATO-SECRET, w tym prawa do przetwarzania informacji niejawnej we własnych systemach teleinformatycznych
  - d. wyjaśnienia uprawnień wynikających z wydawanego przez Prezesa Rady Ministrów (P.C.M) - Departament Informacji Bezpieczeństwa (D.I.S) - Centralne Biuro ds. Tajności (informacji niejawnych) (USCe) Republiki Włoch certyfikatu NOSI, EAD, COMSEC, o których mowa w akcie prawnym „Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri z dnia 22 lipca 2011 roku
  - e. zakresu uprawnień pełnomocnika ds. bezpieczeństwa zgodnie z regulacjami prawa włoskiego
  - f. form i charakteru zabezpieczania przed jakimkolwiek kopiowaniem i rozpowszechnianiem dokumentów, certyfikatów opatrzonych pieczęcią państwową ze stemplem „Riproduzione vietata”.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu w dniu 24 marca 2014 r., iż uwzględnił odwołanie w całości.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 186 ustawy Pzp stanowi, że „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. (...)”. Jak wynika z akt niniejszego postępowania do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców. Zamawiający w toku posiedzenia przed Izbą oświadczył, iż uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do uregulowań ustawowych dotyczących kosztów postępowania stwierdzić należy, iż art. 192 ust. 10 ustawy Pzp stanowi, iż strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy. Oznacza to więc, iż ustawa przewiduje dwa sposoby ponoszenia kosztów przez strony postępowania, uzależniając je od charakteru rozstrzygnięcia. Pierwszy, a więc orzeczenie o kosztach stosownie do wyniku postępowania, wskazujący iż koszty ponosi ten, który w rzeczywistości przegrał prowadzony przez Izbą spór. Będą to więc wszelkie koszty orzeczone w wydanym wyroku (rozstrzygnięciu merytorycznym), jak i postanowieniu o odrzuceniu odwołania – w myśl zasady – „stosownie do wyniku postępowania”, gdyż odrzucenie odwołania następuje w istocie z winy je wnoszącego na skutek wystąpienia enumeratywnie wskazanych w ustawie przesłanek.

Tym samym sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy Pzp” oznacza, iż kwestie związane z kosztami postępowania w przypadku uwzględnienia zarzutów w całości reguluje ten właśnie przepis, w którym odróżniono przypadki związane z umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uzależniając poniesienie kosztów jedynie od występowania w tym postępowaniu przystępującego, bądź jego braku. I tak w przypadku określonym w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, zaś w przypadku określonym w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – koszty ponoszone są przez zamawiającego, jeśli uwzględnienie zarzutów nastąpiło po otwarciu rozprawy, albo znosi się wzajemnie, jeśli uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy.

Obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy Pzp okoliczność ponoszenia przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w sytuacji umorzenia postępowania z powodu uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, uzależniają od tego, czy w postępowaniu odwoławczym występuje przystępujący, czy też nie występuje i od tego, czy uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy, czy też po jej otwarciu.

W przedmiotowej sprawie brak było przystępującego, a uwzględnienie zarzutów odwołania nastąpiło na posiedzeniu z udziałem stron, ale przed otwarciem rozprawy. Sytuację tę należy oceniać zatem w kontekście regulacji zawartej w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i odnoszącego się do niej regulacji dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego z art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, na podstawie której koszty znosi się wzajemnie. Stanowisko odmienne byłoby nieuprawnione i różnicowało sytuację zamawiającego, w zależności od tego czy na danym etapie mamy do czynienia z przystępującym, czy też nie, zrównując w tym jedynym przypadku postanowienie zapadłe na posiedzeniu z orzeczeniem zapadłym na rozprawie. Nadto nie można łączyć określonych skutków prawnych określonego działania zamawiającego, na które posiada ona przyzwolenie w obowiązujących przepisach prawa ze skutkami, w tym przypadku znaczną dolegliwością finansową, w sytuacji gdy określone treści faktycznie można wywieść z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Dlatego też, orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:** .....