

Sygn. akt: KIO 872/14

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**
Członkowie: **Luiza Łamejko**
Honorata Łopianowska
Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 14 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 maja 2014 r. przez wykonawcę **PIMCO Sp. z o.o., ul. Żołąty 63, 02-815 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ASTRA Cocept Sp. z o.o., ul. Przy Agorze 28 lok. 10, 01-930 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **PIMCO Sp. z o.o., ul. Żołąty 63, 02-815 Warszawa** i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **PIMCO Sp. z o.o., ul. Żołąty 63, 02-815 Warszawa** tytułem należnego 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 poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie zamówienia z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę automatycznych przyrządów rozpoznania skażeń chemicznych AP4C”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca PIMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 maja 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

Informacja o złożonym odwołaniu wraz z jego kopią została przekazana wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu, tj. ASTRA Concept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w dniu 5 maja 2014 r. W dniu 8 maja 2014 r. wykonawca ten na piśmie złożył zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przekazując jego kopię stronom postępowania odwoławczego. Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 14 maja 2014 r. Izba dokonała oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia wskazanego wykonawcy, uznając, że w tym zakresie zostały wypełnione wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a wskazany wykonawca uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, które jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, opublikował ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 8 kwietnia 2014 r. pod nr 2014/S 069-118664. Ogłoszenie to wskazuje, że zamówienie objęte jest regulacjami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (dyrektywa obronna).

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza wartości określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. wynikające z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735)

W sekcji IV ogłoszenia w pkt IV.1) przy określeniu rodzaju zastosowanej procedury Zamawiający wskazał na procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu/uprzedniego ogłoszenia. W uzasadnieniu wyboru tej procedury wskazał on m.in. na okoliczność, iż w odniesieniu do przyrządów stanowiących przedmiot zamówienia zasadna jest kontynuacja dostaw i unifikacja sprzętu w postaci zakupów przyrządów AP4C, a zmiana wykonawcy w tym zakresie mogłaby zobowiązać Zamawiającego do nabywania przyrządów o innych właściwościach technicznych, co z kolei powodowałoby konieczność poniesienia dodatkowych kosztów wynikających z prowadzenia testów i badań nowego sprzętu wojskowego oraz budowy nowego systemu obsługowo-logistycznego. Powyższe w konsekwencji zaś spowodowałoby niekompatybilność z dotychczasowym systemem szkoleniowym i logistycznym. Zamawiający wskazał również, że w ramach prowadzonej pracy „*Zintegrowany system wykrywania, ostrzegania i alarmowania o skażeniach*” przewidywana jest rozbudowa systemu w oparciu o przyrządy AP4C. Podkreślił on też, że firma ASTRA Concept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgodnie z oświadczeniem producenta urządzeń – spółki PROENGIN, jest jedynym i wyłącznym przedstawicielem upoważnionym do promowania i sprzedaży na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej produktów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. W związku z powyższym – jak podniósł Zamawiający – w celu uniknięcia pozyskania wyrobów, które powodowałyby trudności w ich użytkowaniu, utrzymaniu i zabezpieczeniu logistycznym, zachodzi konieczność wznowienia dostaw u dotychczasowego wykonawcy. W sekcji V pkt 3) przywołanego ogłoszenia w określeniu nazwy i adresu wykonawcy, na rzecz którego została wydana decyzja o udzieleniu zamówienia Zamawiający wskazał na firmę ASTRA Concept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła również, że Odwołujący pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r., zarejestrowanym u Zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2014 r., złożył wniosek o wyrażenie zgody na wgląd w akta postępowania, wskazując na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w latach 2012-2013 automatycznych przyrządów rozpoznawania skażeń chemicznych, prowadzonego przez Zamawiającego pod numerem: IU/134/X-39/ZO/PN/AE/DOS/K/2012, w którym to postępowaniu – jak podkreślono – Odwołujący brał udział jako ubiegający się o zamówienie wykonawca. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. (znak: 4787/14) poinformował Odwołującego o udostępnieniu wskazanych dokumentów w dniu 22 kwietnia 2014 r. Uwzględniając zgodne

oświadczenie stron postępowania odwoławczego, złożone w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła, że przywołane dokumenty zostały Odwołującemu udostępnione we wskazanym terminie. Odwołujący pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r., zarejestrowanym u Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2014 r., złożył do Zamawiającego kolejny wniosek o wyrażenie zgody na wgląd w akta postępowania, wskazując na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w latach 2014 – 2017 automatycznych przyrządów rozpoznawania skażeń chemicznych w ilości 550 szt., prowadzonego przez Zamawiającego pod nr: IU/61/X-36/ZO/WR/DOS/SS/2014. Uwzględniając zgodne oświadczenie stron postępowania odwoławczego, złożone w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła, że przywołane dokumenty zostały Odwołującemu udostępnione w dniu 25 kwietnia 2014 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 17 kwietnia 2014 r. złożył do Prezesa Izby odwołanie dotyczące przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (sygn. akt: KIO 769/14), w którym podniósł zarzuty prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym, tj. w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 30 kwietnia 2014 r. we wskazanej sprawie odwoławczej Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu złożonego odwołania. W związku z powyższym Izba, postanowieniem z tej samej daty umorzyła wskazane postępowanie odwoławcze.

W odwołaniu, aktualnie rozpoznawanym przez Izbę Odwołujący podniósł zarzuty: Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 131h ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz art. 131h ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, mimo że nie zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowania tej procedury.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie odwołania przez Izbę i jego uwzględnienie w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki - na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz art. 131h ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp;
- 3) nakazanie Zamawiającemu zmiany trybu postępowania przetargowego na

tryb przetargu ograniczonego;

- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego profesjonalnego pełnomocnika zgodnie rachunkiem, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie;
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę w latach 2012-2013 automatycznych przyrządów rozpoznawania skażeń chemicznych, prowadzonego przez Zamawiającego - Inspektorat Uzbrojenia pod nr referencyjnym sprawy IU/134/X-39/ZO/PN/AE/DOS/K/2012 na okoliczność:
 - (i) braku podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na rzecz Wykonawcy: ASTRA CONCEPT Sp. z o.o. w Warszawie na dostawę automatycznych przyrządów rozpoznania skażeń chemicznych AP4C,
 - (ii) niezachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:
 - a) tabelarycznego porównania urządzeń LCD3.3 i AP4C,
 - b) opisu urządzenia LCD3.3,
 - c) ekspertyzy sporządzonej przez D..... K....., której przedmiotem jest porównanie urządzeń: AP4C oferowanego przez ASTRA CONCEPT Sp. z o.o. i LCD3.3 oferowanego przez PIMCO Sp. z o.o.

na okoliczność:

- (i) braku podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na rzecz Wykonawcy ASTRA CONCEPT Sp. z o.o. w Warszawie,
- (ii) niezachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,
- (iii) nieprawdziwości twierdzeń Zamawiającego, iż urządzenie AP4C jest jedynym tego typu przenośnym przyrządem działającym w sposób automatyczny,
- (iv) przewagi technologicznej, jakościowej, logistycznej i cenowej urządzenia LCD 3.3 na urządzeniem AP4C,
- (v) nie posiadania przez urządzenie LCD 3.3 właściwości technicznych powodujących niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże

- trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu z dotychczas dostarczonymi urządzeniami;
- 7) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z pozostałych dokumentów załączonych do odwołania na potwierdzenie okoliczności szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
 - 8) załączenie do akt niniejszej sprawy akt postępowania przed Izłą o sygn. akt KIO 769/14 na okoliczność:
 - (i) zachowania terminu do wniesienia odwołania,
 - (ii) przebiegu dotychczasowego postępowania w sprawie zamówienia na dostawę automatycznych przyrządów rozpoznania skażeń chemicznych AP4C,
 - (iii) cofnięcia pierwotnego odwołania dotyczącego zarzutu zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia wobec jego bezpodstawności.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołanie, które wnoszone jest do Prezesa Izby powinno być złożone w określonym terminie ustawowym. Terminy na wnoszenie odwołań, ustalone w art. 182 ust. 1 – 4 ustawy Pzp, mają charakter zawity i nie podlegają przywróceniu. Ustawodawca we wskazanych przepisach ustawy Pzp, w poszczególnych jego jednostkach redakcyjnych (ust. 1-4), określił różne rodzaje terminów na wnoszenie odwołania w zależności od tego z jaką czynnością bądź zaniechaniem zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia, ustalając jednocześnie jako zasadę, że w zamówieniach o wartości nie przekraczającej równowartości tzw. progów unijnych (wartości określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. wynikające z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735)) terminy na wniesienie odwołania są krótsze, zaś w zamówienia o wartości równej bądź przekraczającej wartości progów unijnych, terminy są z zasady dłuższe. I tak art. 182 ust. 1 ustawy Pzp określa terminy na wniesienie odwołania co do czynności zamawiającego, co do których na zamawiającym - zgodnie z przepisami ustawy Pzp - spoczywa obowiązek poinformowania o ich dokonaniu wykonawców. W ust. 2 art. 182 ust. 1 ustawy Pzp określono terminy na zaskarżenie postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu

oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Podkreślenia wymaga, iż żadna ze wskazanych okoliczności nie ma zastosowania do stanu faktycznego objętego odwołaniem rozpoznawanym aktualnie przez Izbę.

W przypadku zakwestionowania przez wykonawcę możliwości zastosowania przez podmiot zamawiający trybu zamówienia z wolnej ręki, co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym objętym przedmiotem rozpoznania Izby, z punktu widzenia zachowania terminu na wniesienie odwołania zastosowanie mogą znaleźć terminy określone w art. 182 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje na terminy na wniesienie odwołania (5 dni dla zamówień poniżej wartości progów unijnych i 10 dni dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza równowartość progów unijnych) wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 art. 182 ustawy Pzp liczonych od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Art. 182 ust. 4 ustawy Pzp zakłada możliwość złożenia odwołania w określonych terminach w sytuacji, gdy zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy jest narzędziem przewidzianym w przepisach ustawy Pzp za regulacjami prawa unijnego (art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31)) w odniesieniu do zastosowania przez podmiot zamawiający tzw. „trybów niekonkurencyjnych”, dla których obowiązujące przepisy prawa nie przewidują publicznego ogłoszenia o zamówieniu, kierowanego do szerokiego, nieograniczonego kręgu potencjalnych wykonawców. Polski ustawodawca przewidział dla zamawiających możliwość publikacji takiego ogłoszenia, zwanego ogłoszeniem *ex ante* (o dobrowolnej przejrzystości), w odniesieniu do trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2a ustawy Pzp) oraz trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 66 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z treścią uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), wprowadzającej do polskiej ustawy Pzp ten instrument „ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego. Zamieszczając je, zamawiający może uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z unieważnieniem umowy. Ponadto

dzięki zamieszczeniu tego ogłoszenia zostaje skrócony termin na kwestionowanie przez wykonawców zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia.”

Skoro ustawodawca w art. 182 ust. 4 ustawy Pzp przewidział terminy dla zaskarżenia czynności zamawiającego w sytuacji braku publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, także w trybie zamówienia z wolnej ręki, a w przedmiotowej sprawie takie ogłoszenie zostało przez Zamawiającego opublikowane, to do liczenia biegu terminu na złożenie odwołania – w ocenie Izby - zastosowanie znajdzie art. 182 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis dla zamówień o wartości równej bądź przekraczającej równowartość progów unijnych, z czym w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia, przewiduje rozpoczęcie biegu 10-dniowego terminu na złożenie odwołania od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawie jest prowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Izby o powyższej okoliczności Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju, mógł powziąć informację z treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, opublikowanego przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 8 kwietnia 2014 r. Dziennik Urzędowy UE jest oficjalnym publikatorem właściwym dla publikacji ogłoszeń dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartościach równych bądź przekraczających wartości progów unijnych. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości publikowane jest przez podmioty zamawiające dobrowolnie w celu upublicznienia informacji o prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tzw. trybach niekonkurencyjnych, przede wszystkim w takim celu, aby informacja ta dotarła do jak najszerszego kręgu podmiotów, które mogłyby jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego ewentualnie zaskarżyć taką czynność zamawiającego.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż treść ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* opublikowanego przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie – zdaniem Izby – wyraźnie wskazuje na to, że Zamawiający w tym zakresie skorzystał z procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Faktycznie, samo literalne wskazanie nazwy trybu nie pojawiło się w tym ogłoszeniu, jednakże jego treść w sposób wyraźny i bezspreczny - w szczególności dla podmiotu gospodarczego, który jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego - wskazuje na to, że Zamawiający zastosował w tym przypadku właśnie tryb zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający bowiem w uzasadnieniu zastosowania wskazanego trybu powołał się na konieczność kontynuacji dotychczasowych dostaw realizowanych przez niego od dotychczasowego wykonawcy. Przywołał w tym względzie nazwę tego konkretnego

wykonawcy (firma ASTRA Concept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie). Nazwa ta pojawia się kilkakrotnie w treści uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jak i w odrębnej jednostce redakcyjnej ogłoszenia, tj. w miejscu wskazania nazwy i adresu wykonawcy, na rzecz którego została wydana decyzja o udzieleniu zamówienia (sekcja V pkt 3) ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości). Uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazuje też na okoliczności negatywne dla Zamawiającego, które są związane z ewentualną zmianą wykonawcy, który miałby realizować przywołany przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał tutaj, że w takim przypadku byłby zobowiązany do nabywania przyrządów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby określoną niekompatybilność nabywanych przez Zamawiającego rzeczy. Podkreślił, że konieczność wznowienia dostaw u dotychczasowego wykonawcy następuje w celu uniknięcia pozyskania wyrobów, które powodowałyby trudności w ich użytkowaniu, utrzymaniu, jak też w zabezpieczeniu logistycznym. Powyższe okoliczności w sposób konkretny przywołują przesłankę umożliwiającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, określoną dla dostaw w zamówieniach realizowanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w art. 131h ust. 6 pkt 4) ustawy Pzp.

Podkreślić również należy, że istotą trybu zamówienia z wolnej ręki jako jedynego takiego trybu, w którym udzielane są zamówienia publiczne, są negocjacje prowadzone tylko z jednym wykonawcą. W treści uzasadnienia zastosowania wskazanego trybu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wielokrotnie powoływał się na jedynego wykonawcę (wskazując go z nazwy), który jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne. Zamawiający podkreślił m.in., że firma ASTRA Concept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na rzecz której została podjęta decyzja o udzieleniu zamówienia publicznego, jest jedynym i wyłącznym przedstawicielem upoważnionym do promowania i sprzedaży na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej produktów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Tym samym zatem Zamawiający wskazał w treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* na istotę trybu zamówienia z wolnej ręki – negocjacje z jednym wykonawcą.

Odnosząc się do kwestii rzekomego poinformowania przez Zamawiającego w treści wskazanego ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* o prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a nie w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazać należy, że Zamawiający, publikując w Dzienniku Urzędowym UE wskazane ogłoszenie zobowiązany jest korzystać z odpowiednich formularzy ogłoszeń, określonych w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005, mającym wprost moc obowiązującą. Wzór formularza ogłoszenia *ex ante*, określony we wskazanym

rozporządzeniu Komisji Europejskiej, w sekcji IV wskazuje na obowiązek określenia procedury, w której prowadzone jest dane postępowanie. Zamawiający w tym zakresie ma tylko możliwość zakreślenia pola wskazującego na prowadzenie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu (a nie polski tryb udzielenia zamówienia publicznego o nazwie: negocjacje bez ogłoszenia) przewidziana jest w przepisach prawa europejskiego (art. 28 dyrektywy 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, jak i art. 28 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE), które zostały również przywołane przez Zamawiającego w treści uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki we wskazanym ogłoszeniu. Procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia została wdrożona do polskiego ustawodawstwa w zakresie zamówień publicznych, poprzez określenie w tym zakresie dwóch trybów udzielenia zamówienia publicznego, tj. trybu negocjacji bez ogłoszenia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie kilkoma wykonawcami (art. 61 ustawy Pzp) oraz trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ust. 1 ustawy Pzp). Skoro zatem Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wyraźnie wskazał, że będzie prowadził procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia, wyłącznie z jednym wykonawcą, wskazując na konkretny podmiot (niezależnie od przywołania w uzasadnieniu zastosowania trybu konkretnej przesłanki merytorycznej, wskazującej na zastosowanie trybu zamówienia wolnej ręki), brak jest jakichkolwiek wątpliwości, iż w ramach unijnej procedury negocjacyjnej Zamawiający skorzystał z krajowego trybu udzielenia zamówienia publicznego, którym jest zamówienie z wolnej ręki, a nie negocjacje bez ogłoszenia.

Tym samym zatem, zdaniem Izby, publikacja ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* w dniu 8 kwietnia 2014 r. stała się podstawą powzięcia przez Odwołującego wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesionego odwołania. Z tych też względów wniesienie odwołania do Prezesa Izby dopiero w dniu 2 maja 2014 r. (24 dni po upublicznieniu wskazanego ogłoszenia) stanowi uchybienie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, a w efekcie podstawę do odrzucenia odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba zauważa, że - przyjmując nawet, iż Odwołujący nie mógł powziąć powyższych informacji w oparciu o treść opublikowanego ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* w Dzienniku Urzędowym UE, z czym Izba się nie zgadza,

to nie dochował on również należytej staranności, występując do Zamawiającego o wgląd do dokumentów dotyczących niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopiero w dniu 22 kwietnia 2014 r., tj. 14 dni po publikacji wskazanego ogłoszenia w oficjalnym, unijnym publikatorze dotyczącym zamówień publicznych. W ocenie Izby, przyjmując nawet taką ewentualność jak powyżej, Odwołujący miał obowiązek podjęcia próby pozyskania dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym informacja ukazała się w Dzienniku Urzędowym w dniu 8 kwietnia 2014 r., co najmniej w terminie na wniesienie odwołania, wykazując dodatkowo, że treść ogłoszenia jest niejasna, nieprecyzyjna, czy wprowadza w błąd (choć zdaniem Izby wskazane ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* takich nieprawidłowości nie zawiera). Takiej próby Odwołujący nie podjął w terminie 10 dni od publikacji wskazanego ogłoszenia. Próba pozyskania przez niego w dniu 14 kwietnia 2014 r. dokumentów dotyczących zupełnie innego postępowania o udzielenie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Zamawiającego w 2012 r., w którym to postępowaniu Odwołujący uczestniczył – jak wskazał - w charakterze wykonawcy nie może być w żadnej mierze uznana za wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów dotyczących niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Odwołujący nie uczestniczy.

Tym samym zatem Odwołujący nie wykazał przed Izbą dochowania należytej staranności przy powzięciu szczegółowych już informacji o przedmiotowym zamówieniu publicznym w ramach żądania udostępnienia mu dokumentacji z tego postępowania po opublikowaniu ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, niezależnie od uznania, że – zdaniem Izby – w ramach należytej staranności podmiotu zainteresowanego ubieganiem się o zamówienie koniecznym było złożenie odwołania w terminie liczonym od dnia publikacji wskazanego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE.

W ocenie Izby sprawa odwołania o sygn. akt: KIO 769/14 nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia podjętego przez Izbę w przedmiotowej sprawie, wobec faktu, że we wskazanej sprawie odwoławczej na skutek oświadczenia Odwołującego o wycofaniu odwołania Izba w dniu 30 kwietnia 2014 r. wydała formalne orzeczenie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż Izba, rozpoznając każdorazowo składane do Prezesa Izby odwołania zobowiązana jest z urzędu badać odrębnie przesłanki do odrzucenia odwołania wynikające z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a wypełnienie którejkolwiek z tych przesłanek skutkuje brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu i jego formalnym odrzuceniem.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Za koszty postępowania odwoławczego poniesione w przedmiotowej sprawie należało uznać – stosownie do § 3 pkt 1 wskazanego rozporządzenia - koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w przedmiotowej sprawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....