

Sygn. akt: KIO 528/21

POSTANOWENIE

z dnia 3 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **3 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2021 r. przez **ZAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - 17 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego ZAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **ZAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od odwołującego **ZAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - 17 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3 nakazuje zwrot na rzecz odwołującego **ZAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 528/21

Uzasadnienie

Skarb Państwa - 17 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Gdańsku, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego na *opracowanie koncepcji architektoniczno - urbanistycznej dla kompleksu lotniskowego 21 Bazy Lotnictwa Taktycznego Świdwin*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 570150719-N-2020 w dniu 12 sierpnia 2020 r.

W dniu 17 lutego 2021 r. wykonawca ZAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dalej „Odwołujący”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na wyborze oferty, która zgodnie z ustawą Pzp podlegała odrzuceniu, co doprowadziło do nierównego traktowania Odwołującego oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na braku zaniechania oferty wykonawcy ZEUS S.A., pomimo złożenia wyjaśnień przez ww. wykonawcę niemających charakteru merytorycznego, po terminie wskazanym przez Zamawiającego, w następstwie czego doszło do wyboru oferty, która faktycznie nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty ZEUS S.A. oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 26 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 w związku z art. 131b i art. 4 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1) ustawy nPzp. Zgodnie z tym przepisem, zba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp ustawy nie stosuje się do zamówień lub

konkursów którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

Stosownie do art. 131a ust. 1 ustawy Pzp przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli przedmiotem zamówienia są: 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów; 2) dostawy niewralgicznego 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 niewralgiczne roboty budowlane lub usługi. Zgodnie z art. 131b ustawy Pzp ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z § 1 pkt 4 lit. a) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od którego jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 2450) ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 428 000 euro - dla dostaw lub usług. Zgodnie z informacją wskazaną w odpowiedzi na odwołanie wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 1.679.245,05 zł (393.330,30 euro) i była tożsama z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta została wskazana również w treści informacji z otwarcia ofert.

Równocześnie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej dla wojskowego kompleksu lotniskowego oraz kompleksów zabezpieczających w Świdwinie, m.in. w celu opracowania rozmieszczenia samolotów F-35. Mapy zasadnicze ww. kompleksów mają nadaną klauzulę tajności „poufne”. Realizacja przedmiotu zamówienia wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli POUFNE i NATO RESTRICTED.

Izba ustaliła, że w załącznikach do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający zamieścił informację, iż postępowanie prowadzone jest w oparciu o postanowienia Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych Obronność i Bezpieczeństwo obowiązującego w 17. Terenowym Oddziale Lotniskowym w Gdańsku dot. zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o równowartości w złotych nieprzekraczających kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych oraz zamówień, o których mowa w art. 4 pkt 5) w związku z art. 131b ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wykonawcy składający wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu byli zobowiązani do złożenia oświadczeń o posiadaniu ważnego akredytowanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli minimum POUFNE zgodnie z wymogami opisanymi w Rozdziale 8 Ustawy o ochronie informacji niejawnych (tj. z dnia 15 marca 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 742, art. 48 i nast.) i akredytowany system teleinformatyczny upoważniający do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli minimum NATO RESTRICTED.

Dalej, Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie regulaminu postępowania, na podstawie którego prowadzone jest postępowanie i tego samego dnia Zamawiający udostępnił drogą elektroniczną Regulamin Udzielania Zamówień Publicznych w dziedzinach „Obronność i Bezpieczeństwo” obowiązujący w 17. Terenowym Oddziale Lotniskowym w Gdańsku.

Jak wynika z powyższego, zamówienie winno być klasyfikowane jako zamówienie z dziedziny obronności i bezpieczeństwa zarówno z uwagi fakt, iż usługi są bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jak i na fakt, iż są to usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania i je zawierają. Nadto, w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. § 1 pkt 4 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od którego jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a samo postępowanie prowadzone jest nie w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale Regulamin Udzielania Zamówień Publicznych w dziedzinach „Obronność i Bezpieczeństwo” obowiązujący w 17. Terenowym Oddziale Lotniskowym w Gdańsku.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 1) nPzp w zw. z art. 131b i art. 4 pkt 5) ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy nPzp. Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy nPzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Należy jednocześnie zauważyć, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł. Ponieważ wysokość wpisu od odwołania w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy nPzp, nie została wskazana w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), Izba zastosowała § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, który przewiduje wpis w wysokości 7.500,00 zł dla zamówień na usługi o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy nPzp. W konsekwencji, Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty 7.500,00 zł z tytułu nadpłaconego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....