

Sygn. akt: KIO 2201/23

POSTANOWENIE
z dnia 10 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 10 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2023 r. przez wykonawcę KenBIT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Agencję Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie przy udziale:

- A. wykonawcy Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 Spółka Akcyjna z siedzibą w Zegrzu Południowym zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego KenBIT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 2201/23

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawę średnich terminali satelitarnych (STS), numer referencyjny: IU/102/V-88/ZO/POOiB/DOS/Z/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 157-389499. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa dPzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy dPzp.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”).

W dniu 27 lipca 2023 r. wykonawca KenBIT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, o których wykonawców zawiadomiono w dniu 17 lipca 2023 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy dPzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający lub wręcz uniemożliwiający uczciwą konkurencję ze względu na ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) - w związku z udzielonymi wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz dokonaną zmianą SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że po modyfikacji wymagań co do parametrów żaden modem dostępny obecnie na rynku nie spełnia wymagań Zamawiającego,
2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy dPzp poprzez dokonanie zmian jedynie fikcyjnie eliminujących wcześniejsze naruszenie art. 29 ustawy dPzp polegające na ograniczeniu konkurencji do jednego rozwiązania (modelu) modemu, tj. SkyWAN produkcji ND SatCom GmbH oraz udzielanie niespójnych wyjaśnień SIWZ

dokonywanie modyfikacji SIWZ, które nie uwzględniają intencji wyrażonych w odpowiedzi na pytanie.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w zakresie wskazanym poniżej, z uwzględnieniem konsekwencji i następstwa dla pozostałych postanowień SIWZ:

1. modyfikację punktu 6.5.2.j i 6.2.14a) WZTT poprzez zastąpienie wymagań:

– konfiguracji (utworzenia) co najmniej 16 sieci łączności satelitarnej składających się z maksimum 150 terminali w każdej z nich,

– zarządzania co najmniej szesnastoma (16) z nich jednocześnie,

– możliwość obsługi co najmniej 16 kanałów (nośnych) nadawczych i co najmniej 1 kanału (nośnego) odbiorczego.

wymaganiem w brzmieniu (tożsamy zapis w obu punktach):

„Modem powinien obsługiwać (realizując funkcję Mastera — tzn. zarządcy sieci) sieć satelitarną składającą się z grupy co najmniej 150 modemów, pracującą w oparciu o co najmniej 16 kanałów (nośnych) nadawczych i co najmniej 1 kanał (nośną) odbiorczą.”

W ramach uzasadnienia ww. wniosku odwołania wskazano, że z założenia modem pracuje w jednej sieci satelitarnej, a ilość kanałów MF-TDMA nie wpływa na ilość sieci w których modem aktualnie pracuje. Żaden z obecnie dostępnych na rynku modemów MF-TDMA nie realizuje postawionych w obecnej formie wymagań technicznych. Należy rozgraniczyć pojęcie kanału (częstotliwości nośnej) od funkcjonalności sieci satelitarnej. W systemach MF-TDMA w ramach jednej sieci jest wykorzystywane wiele kanałów (częstotliwości nośnych).

2. modyfikację pkt 6.5.2. d) WZTT dot. wymagania przepustowości na poziomie min. 20 Mb/s przez jego zmianę tj. nadanie mu następującego brzmienia: „d) Przepustowość - co najmniej 10 Mb/s.” lub modyfikację pkt 6.5.2. d) WZTT dot. wymagania przepustowości na poziomie min. 20 Mb/s przez jego zmianę tj. nadanie mu następującego brzmienia: „d) Przepustowość - co najmniej 20 Mb/s” *Dopuszczalne jest uzyskanie przepływności na poziomie min. 20 Mb/s z wykorzystaniem zespołu modemów.”*

3. modyfikację pkt 6.4.2 d) i 6.4.3 b) WZTT poprzez zastąpienie pkt d i b w dotychczasowym na brzmienie wskazane poniżej:

„d) w przypadku zastosowania wbudowanego układu konwersji (upconwerter) wzmacniacz powinien wykorzystywać zakres częstotliwości pośredniej w paśmie L zapewniając pracę w pełnym zakresie częstotliwości na wyjściu toru radiowego, o którym mowa w wymaganiu 6.4.1 a;”

„b) w przypadku zastosowania wbudowanego układu konwersji (downconwerter) wzmacniacz powinien wykorzystywać zakres częstotliwości pośredniej w paśmie L zapewniając pracę w pełnym zakresie częstotliwości na wyjściu toru radiowego, o którym mowa w wymaganiu 6.4.1 b;”

Odwolujący wskazał, iż wprowadzone zmiany są nadmiarowe, bo zgodnie z wymaganiami z punktów 6.4.1. a i b, nowe wymagania w punktach 6.4.2 i 6.4.3 doprowadziłoby do rozszerzenia wskazanych w 6.4.1 zakresów częstotliwości do wartości niewykorzystywanych w komunikacji satelitarnej. Pozostawienie ww. modyfikacji uniemożliwia dobór urządzeń nadawczych (BUC) i odbiorczych (LNB), bo te podlegają ogólnie przyjętej standaryzacji, dla zachowania możliwości pracy urządzeń z wymaganą w postępowaniu częstotliwością pośrednią.

4. modyfikację wszelkich innych zapisów w SIWZ, które są wymagane w następstwie wnioskowanej zmiany terminu dostawy, o których mowa powyżej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż po analizie treści zarzutów uwzględni w całości zarzuty odwołania. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 Spółka Akcyjna z siedzibą w Zegrzu Południowym oraz po stronie Zamawiającego przez wykonawcę GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał wykonawcę GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego.

Wykonawca GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w dniu 7 sierpnia 2023 r.

złożył pismo, w którym oświadczył, iż wnosi sprzeciw w części wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, tj. w zakresie prowadzącym do uwzględnienia żądania zawartego w pkt 2 odwołania (odnoszącego się do modyfikacji pkt 6.5.2. d) WZTT dotyczącego przepustowości) oraz wnosi o odrzucenie odwołania w tym zakresie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, a w przypadku przyjęcia odwołania do rozpoznania - o oddalenie odwołania w tej części. W pozostałym zakresie, nieobjętym sprzeciwem, wykonawca wskazał, iż podziela wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania.

Odwołujący w dniu 9 sierpnia 2023 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż wycofuje odwołanie w zakresie objętym sprzeciwem przystępującego GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wobec uwzględnienia odwołania, wniesionym 7 sierpnia 2023 r. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w całości zgodnie z art. 568 w zw. z art. 522 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w całości.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś w myśl ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W oparciu o ww. przepis Odwołujący – jako podmiot będący dysponentem wniesionego środka ochrony prawnej - jest uprawniony także do wycofania odwołania w części.

W przedmiotowym przypadku Odwołujący zdecydował się wycofać odwołanie w tym zakresie, w jakim wniesiono sprzeciw, tj. w zakresie dotyczącym żądania zawartego w pkt 2 odwołania odnoszącym się do pkt 6.5.2. d) WZTT. Tym samym w powyższym zakresie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Z kolei w pozostałym zakresie wykonawca GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Odpowiednie zastosowanie znajdzie tu zatem art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tym samym w powyższym zakresie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 568 pkt 1 i 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 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), nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....