

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „Telbud” S.A. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **PRODUS S.A. z siedzibą we Wrocławiu** oraz **Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie.**
2. kosztami postępowania Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „Telbud” S.A. z siedzibą w Poznaniu obciąża i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego „Telbud” S.A. z siedzibą w Poznaniu kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej nadpłatę uiszczzonego wpisu ponad wymagany.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na „integrację systemów zarządzania bezpieczeństwem (SSWiN, CCTV, SKD, SAP) w Siemirowice w formie Zaprojektuj i Zbuduj” - zadanie nr 13406.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynosi, jak wynika z informacji zamawiającego przekazanej Krajowej Izbie Odwoławczej, 5.650.406,50 zł.

Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „TELBUD” - Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej: odwołujący) wniosło dnia 5 lutego 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

a) treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), dotyczących zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, na „Integrację systemów zarządzania bezpieczeństwem (SSWiN, CCTV, SKD, SAP) w Siemirowice w formie Zaprojektuj i Zbuduj” - zadanie nr 13406, w zakresie w jakim - w kontekście postanowień Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU), stanowiącego niejawną część Specyfikacji, z którą Odwołujący zapoznał się (w formie papierowej) w dniu 31 stycznia 2014 r., a którą doręczono mu za pośrednictwem Kancelarii Tajnej (w formie elektronicznej) w dniu 3 lutego 2014 r. - kwalifikują przedmiotowe zamówienie publiczne jako roboty budowlane, a w konsekwencji przewidują stosowanie przepisów dotyczących tego rodzaju przedmiotu zamówienia;

b) treści siwz, dotyczącej zamówienia w zakresie, w jakim - w kontekście postanowień Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU), stanowiącego niejawną część Specyfikacji - ogranicza w sposób niedozwolony uczciwą konkurencję oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców, uzależniając udzielenie zamówienia od wykazania spełnienia w dacie złożenia oferty przez przedmiot zamówienia (równoważny wobec produktu NICE SITUATOR) - w ramach testów - wymagania dostępności w wersji produkcyjnej wszystkich funkcjonalności, podanych bardzo szczegółowo w PFU, przy jednoczesnym bezpodstawnym przyjęciu, że produkt NICE SITUATOR firmy NICE z Izraela spełnia te wymagania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 6 ust. 1-4 PZP poprzez błędne zakwalifikowanie przedmiotu niniejszego zamówienia jako „robót budowlanych”, a w konsekwencji stosowanie przepisów dotyczących tego rodzaju przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie procedury odwoławczej, podczas gdy - jak wynika z postanowień PFU - przedmiotowe zamówienie ma charakter mieszany (obejmujący dostawy, usługi i roboty budowlane), a wartościowy udział robót budowlanych jest najmniejszy (poniżej 33%), w tym także przy uwzględnieniu reguł szczególnych przewidzianych w art. 6 ust. 2-4 PZP;

2) art. 30 ust. 7 PZP poprzez podanie błędnych (niepełnych) kodów Wspólnego Słownika Zamówień (kodów CPV), a to na skutek wskazanego wyżej błędnego zakwalifikowania przedmiotu niniejszego zamówienia jako „robót budowlanych”, podczas gdy - jak wynika z postanowień PFU - przedmiotowe zamówienie ma charakter mieszany (obejmujący dostawy, usługi i roboty budowlane), a wartościowy udział robót budowlanych jest najmniejszy (poniżej 33%), w tym także przy uwzględnieniu reguł szczególnych przewidzianych w art. 6 ust. 2-4 PZP;

3) art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez uzależnienie udzielenia zamówienia od wykazania spełniania w dacie złożenia oferty przez przedmiot zamówienia (równoważny wobec produktu NICE SITUATOR) - w ramach testów - wymagania dostępności w wersji produkcyjnej wszystkich funkcjonalności, podanych bardzo szczegółowo w PFU, przy jednoczesnym bezpodstawnym przyjęciu, że produkt NICE SITUATOR firmy NICE z Izraela spełnia te wymagania;

4) art. 29 ust. 3 PZP w zw. z art 30 ust. 4-6 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie w treści PFU, stanowiącego niejawną część SIWZ, znaków towarowych (nazwa oprogramowania: NICE SITUATOR oraz NICE VISION), mimo braku istnienia przesłanek przewidzianych w art. 29 ust. 3 PZP, na co wskazuje jednoczesne opisanie przedmiotu zamówienia przez podanie specyfikacji technicznych oraz wymagań funkcjonalnych (funkcjonalności).

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści siwz (w tym PFU oraz postanowień projektu Umowy) w zakresie, w jakim postanowienia specyfikacji:

1.1) kwalifikują przedmiotowe zamówienie publiczne jako roboty budowlane, a w konsekwencji przewidują stosowanie przepisów dotyczących tego rodzaju przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie procedury odwoławczej oraz terminów składania ofert;

1.2) uzależniają udzielenie zamówienia od wykazania spełniania w dacie złożenia oferty przez przedmiot zamówienia (równoważny wobec produktu NICE SITUATOR) - w ramach

testów - wymagania dostępności w wersji produkcyjnej wszystkich funkcjonalności, podanych bardzo szczegółowo w PFU, przy jednoczesnym bezpodstawnym przyjęciu, że produkt NICE SITUATOR firmy NICE z Izraela spełnia te wymagania, w szczególności poprzez wykreślenie pkt 6, 7 i 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartego w SIWZ, a także wykreślenie z III.2 PFU nazwy oprogramowania integrującego Nice SITUATOR oraz oprogramowania Nice Vision.

Odwołujący uzasadnił zarzuty i żądania, a nadto wskazał, co następuje.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 8 Wykonawców, w tym Odwołujący. Pismem z dnia 11 grudnia 2013 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zapraszając do dalszego udziału w postępowaniu 5 Wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu i uzyskali najwyższą punktację, w tym Odwołującego.

Wraz z pismem nr ZP-586/14 z dnia 22 stycznia 2014 r., doręczonym Odwołującemu 24 stycznia 2014 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom jawną część SIWZ, z której pkt II. 1 in fine wynikało, że jej niejawną część (PFU) pozostaje do wglądu w siedzibie Zamawiającego po uprzednim pisemnym umówieniu terminu.

Pismem nr ZP-639/14/FAX z dnia 23 stycznia 2014 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 27 stycznia 2014 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, m.in. poprzez dodanie możliwości pobrania w siedzibie Zamawiającego wersji elektronicznej PFU po przedstawieniu wymaganych dokumentów dotyczących ochrony informacji niejawnych.

Odwołujący niezwłocznie zwrócił się o udostępnienie mu wglądu do niejawnej części SIWZ (PFU) w formie papierowej, jak i przesłanie mu tej części SIWZ w formie elektronicznej.

W dniu 31 stycznia 2014 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu do wglądu wersję papierową niejawną część SIWZ, a pismem nr WB-Z-18/14 z dnia 31 stycznia 2014 r. doręczonym - za pośrednictwem Kancelarii Tajnej - w dniu 3 lutego 2014 r. przekazał Odwołującemu płytę CD obejmującą wersję elektroniczną powyższej niejawną część SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili skutecznie wykonawcy PRODUS S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Obydwaj wnieśli odrzucenie odwołania jako wniesionego z przekroczeniem pięciodniowego terminu określonego w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto uczestnicy podnieśli merytoryczną niezasadność zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron stwierdziła, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 189

ust. 2 pkt 6 ustawy – Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2.

Wskazując na powyższe zasadnym jest stwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu, na zasadzie art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności dotyczących okoliczności wyraźnie w przytaczanym przepisie wymienionych, tj.:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Żadna z powyższych okoliczności, stanowiących zamknięty katalog, w rozpoznawanej sprawie nie miała miejsca, jako że odwołanie dotyczy czynności zakwalifikowania przedmiotu zamówienia jako „robót budowlanych”, podania błędnych (niepełnych) kodów Wspólnego Słownika Zamówień (kodów CPV), uzależnienia udzielenia zamówienia od wykazania spełniania przez przedmiot zamówienia wymagania dostępności w wersji produkcyjnej wszystkich funkcjonalności, podanych w PFU, opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie w treści PFU znaków towarowych.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska przystępujących o przekroczeniu przez odwołującego pięciodniowego terminu na wniesienie odwołania uznając, że termin ten rozpoczął bieg dnia 31 stycznia 2014 r. tj. dnia, w którym odwołujący zapoznał się z treścią niejawną części siwz tj. Programem Funkcjonalno-Użytkowym.

Postanowienie niniejsze zostało wydane na posiedzeniu niejawnym w wyniku dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających stosownie do § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty 5 000 zł jako przekraczającej należny wpis, który od odwołania wnoszonego w postępowaniu na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, wynosi 10 000 zł, natomiast Odwołujący wniósł na rachunek UZP opłatę w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: