

Sygn. akt: KIO 1164/12

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 23 stycznia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **TTcom Spółkę Akcyjną z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Gen Sosnkowskiego 36** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 1907 z siedzibą w Opolu, ul. Domańskiego 68**

postanawia:

1. odrzucić odwołanie **TTcom Spółki Akcyjnej z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Gen Sosnkowskiego 36**
2. kosztami postępowania obciąża **TTcom Spółkę Akcyjną z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Gen Sosnkowskiego 36** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **TTcom Spółkę Akcyjną z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Gen Sosnkowskiego 36** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1164/12

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego 2/Łącz/2012 na obsługę serwisową Mobilnych Terminali Satelitarnych MTS-4, 6 AGAWA, Przenośno-Przewoźnych Terminali Satelitarnych PPTS-1.8 FIKUS Ruchomych Węzłów Łączności Cyfrowej RWŁC-10T oraz Mobilnych Kancelarii Kryptograficznych MKK-03 dla PKW zostało ogłoszone przez zamawiającego Skarb Państwa Jednostkę Wojskową 1907 z siedzibą w Opolu, ul. Domańskiego 68 w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 maja 2012r. za numerem 2012-170642. W tym też dniu zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej www.10blog.wp.mil.pl oraz w serwisie resortu MON www.przetargi.army.mil.pl.

W dniu 4 czerwca 2012r. TTcom Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Gen. Sosnkowskiego 36 – dalej odwołujący, wniósł odwołanie na treść siwz w zakresie dotyczącym niezgodnego z ustawą określenia przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, czym według odwołującego zamawiający uchybił art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy). Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes odwołującego się w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż nie jest możliwe złożenie przez odwołującego oferty, która spełniałaby określenie przez zamawiającego wymagania, a w konsekwencji, odwołujący, pomimo możliwości technicznych, logistycznych i finansowych, nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wniósł o powtórzenie czynności opisu przedmiotu zamówienia i nakazanie zamawiającemu zmiany sposobu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 w taki sposób, aby możliwe było jego wykonanie w inny sposób, niż w oparciu o dokumentację producenta lub nakazanie zamawiającemu udostępnienia wykonawcom dokumentacji producenta.

Jednocześnie wniósł o uwzględnienie odwołania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu podał, że w dniu 24 maja 2012 roku zamawiający umieścił na stronie internetowej www.przetargi.army.mil.pl ogłoszenie nr 2/Łącz/2012 o zamówieniu na obsługę serwisową Mobilnych Terminali Satelitarnych MTS-4, 6 AGAWA, Przenośno - Przewoźnych Terminali Satelitarnych PPTS-1. 8 FIKUS Ruchomych Węzłów Łączności Cyfrowej RWŁC-

10T oraz Mobilnych Kancelarii Kryptograficznych MKK-03 dla PKW.

W dniu 28 maja 2012 roku odwołujący, w trybie art. 38 ust. 1 ustawy zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu Zadania nr 1 (znajdującego się w załączniku nr 8 do siwz), poprzez wskazanie, czy:

1. Czy zamawiający dopuszcza możliwość wykonania przeglądów okresowych zgodnie z wymaganiami i procedurami poszczególnych części składowych (elementów), z których zbudowane są Mobilne Terminale Satelitarne MTS-4,6 AGAWA oraz Przenośno - Przewoźne Terminale Satelitarne PPTS-1,8 FIKUS?
2. Czy zamawiający doprowadzi do przekazania wykonawcom opisu wymagań i procedur producenta koniecznych i wystarczających do realizacji przeglądów okresowych określonych przez producenta - bez konieczności przekazywania oryginałów dokumentacji technicznej i instrukcji przeglądów okresowych?

W ocenie odwołującego się złożenie przez zamawiającego dodatkowych wyjaśnień w powyżej wskazanym zakresie było niezbędne, gdyż z dotychczasowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania 1 nie wynikało, w jaki sposób zadanie to ma być wykonane. Zamawiający wskazał jedynie, że przegląd okresowy musi być zrealizowany zgodnie z wymaganiami i procedurami producenta. Wykonawca musi posiadać prawo do korzystania z dokumentacji technicznej i instrukcji przeglądów okresowych producenta. Zamawiający nie ma uprawnień do przekazywania dokumentacji technicznej i instrukcji przeglądów okresowych, lecz dokumentacji tej w żaden sposób nie udostępnił potencjalnym wykonawcom.

W dniu 31 maja 2012 roku zamawiający przesłał odwołującemu się pocztą elektroniczną odpowiedzi i wyjaśnienia do przetargu, odnosząc się w nich do pytań i propozycji zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgłoszonych przez TTcomm S.A. Zamawiający wskazał m.in., że nie dopuszcza możliwości wykonania przeglądów okresowych zgodnie z wymaganiami i procedurami poszczególnych części składowych. Zamawiający wskazał także, że nie doprowadzi do przekazania wykonawcom opisu wymagań i procedur producenta koniecznych i wystarczających do realizacji przeglądów okresowych określonych przez producenta, gdyż nie uzyskał od producenta praw w tym zakresie. Podał też, że każdy potencjalny wykonawca ma prawo zwrócić się do producenta, tj. WZŁ-1 Zegrze celem pozyskania przedmiotowej dokumentacji.

W ocenie odwołującego się taki sposób sformułowania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Zadania 1 jest niezgodne z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy. Przywołał wyrok SO w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 roku, sygn.

akt XIX Ga 214/08. Według odwołującego, to na zamawiającym ciąży obowiązek udostępnienia wykonawcom wszelkich dokumentacji (gwarancje, opisy sprzętu, procedury), jeżeli to na nich opiera wykonanie zamówienia i bez których *de facto* wykonanie tego zamówienia nie jest możliwe. Ponadto, zdaniem odwołującego, zamawiający ma świadomość, że producent Mobilnych Terminali Satelitarnych MTS-4,6 AGAWA oraz Przenośno - Przewoźnych Terminali Satelitarnych PPTS-1,8 FIKUS, którym jest WZŁ nr 1 Zegrze, nie udostępni dokumentacji, niezbędnej do zrealizowania przedmiotu zamówienia, gdyż (jak to wynika z pisma z dnia 14 maja 2012 roku, przesłanego przez zamawiającego do TTcomm S.A.) WZŁ nr 1 Zegrze złożył oświadczenie, że posiada wyłączne prawa do realizacji zadania polegającego na serwisowaniu wyżej wskazanych urządzeń. Oznacza to, iż zamawiający, mając świadomość, iż bez udostępnienia dokumentacji potencjalnym wykonawcom, tylko jeden podmiot może zrealizować przedmiot zamówienia, ogłosił przetarg nieograniczony, czym niewątpliwie utrudnił uczciwą konkurencję, a w konsekwencji dokonał opisu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy. Odwołujący w dniu 28 maja 2012 roku zwrócił się do WZŁ nr 1 Spółka Akcyjna z siedzibą w Zegrzu z prośbą o udostępnienie dokumentacji Mobilnych Terminali Satelitarnych MTS-4,6 AGAWA oraz Przenośno - Przewoźnych Terminali Satelitarnych PPTS-1,8 FIKUS, jednak do dnia wniesienia odwołania, nie otrzymał żadnej odpowiedzi. Odwołujący oświadczył, że ma wiedzę i doświadczenie w obsłudze części składowych Mobilnych Terminali Satelitarnych MTS-4,6 AGAWA oraz Przenośno - Przewoźnych Terminali Satelitarnych PPTS-1,8 FIKUS, a w konsekwencji mógłby samodzielnie opracować wymogi i procedury, które zagwarantowałyby osiągnięcie celu, zakładanego przez zamawiającego, tj. serwisowanie ww. urządzeń, a następnie zgodnie z nimi wykonać Zadanie nr 1, jednakże zamawiający bezzasadnie nie dopuszcza takiej możliwości. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 czerwca 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do akt odwoławczych. Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu faksem w dniu 4 czerwca 2012r.

W dniu 4 czerwca 2012r. zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania na stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 8 czerwca 2012r. zamawiający wyjaśnił, że informacja stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania tj, specyfikacja istotnych warunków zamówienia została

zamieszczona na jego stronie i stronie resortu MON w dniu 24 maja 2012r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp i w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy z związku z art. 180 ust. 2 ustawy.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nie przekraczającą wyrażonej w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej. Odwołujący kwestionuje postanowienia siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, które nie uległy zmianie od momentu zamieszczenia siwz na stronie internetowej tj. od dnia 24 maja 2012r. Zatem od tego momentu należy liczyć początek biegu terminu na wniesienie odwołania. Sam fakt zadania pytania do siwz nie powoduje przerwy biegu terminu na wniesienie odwołania, do czasu uzyskania odpowiedzi, zatem jeśli odwołujący uważał, że treść siwz jest niejednoznaczna, bo z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, w jaki sposób zadanie ma być wykonane i brak tej informacji uniemożliwiał mu złożenie oferty, to powinien był złożyć odwołanie nie później niż do 29 maja 2012r. Niezależnie od tej skorzystania ze środków ochrony prawnej mógł także złożyć zapytanie, jednak złożenie zapytania nie może powodować przedłużenia terminu zawitego dla wniesienia odwołania. Jedynie wniesienie odwołania wobec postanowień siwz

zmodyfikowanych na skutek zapytań podlega odrębnemu liczeniu terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej. W przedmiotowej sprawie na skutek wyjaśnień treści siwz przez zamawiającego do modyfikacji siwz nie doszło. Tym samym odwołujący wnosząc odwołanie wobec postanowień siwz zamieszczonych na stronie internetowej w dniu 24 maja 2012r., w dniu 4 czerwca 2012r. dokonał tej czynności po terminie na wniesienie odwołania określonym w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy. W tej sytuacji odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Nadto w postępowaniach, których wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza równowartości wyrażonej w złotych polskich kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, ustawodawca ograniczył zakres czynności zamawiającego, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem. Do tych czynności, na które przysługuje odwołanie należą :

- 1) wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę
- 2) opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenie oferty odwołującego.

W katalogu tych czynności nie mieści się opis przedmiotu zamówienia, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego, na którą odwołanie nie przysługuje. Z tych względów odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy w związku z art. 180 ust. 2 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący

.....