

Sygn. akt: KIO 898/14

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę **Łączpol Sp. z o.o., ul. Astronomów 9, 80-299 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Cekcyn, ul. Szkolna 2, 89-511 Cekcyn**

przy udziale wykonawcy **IT Partners Sp. z o.o., ul. Żupnicza 17, 03-823 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzucić odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Łączpol Sp. z o.o., ul. Astronomów 9, 80-299 Gdańska** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Łączpol Sp. z o.o., ul. Astronomów 9, 80-299 Gdańsk** tytułem należnego wpisu od odwołania
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Łączpol Sp. z o.o., ul. Astronomów 9, 80-299 Gdańsk** na rzecz **Gminy Cekcyn, ul. Szkolna 2, 89-511 Cekcyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Gmina Cekcyn (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Cekcyn”. 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”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 kwietnia 2014 r. pod nr: 146728.

W postępowaniu tym wykonawca Łączpol Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 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 zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 9 maja 2014 r. W dniu 12 maja 2014 r. do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpień do niniejszego postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego. Wykonawcy, którzy złożyli swoje przystąpienia to:

- 1) IT Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) M..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: P.W. MEGA M..... S..... z siedzibą w Płocku,
- 3) P..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: PRO-BIT z siedzibą w Cekcynie,

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego i zamieścił w tym zakresie ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 kwietnia 2014 r. Zgodnie z treścią protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość szacunkowa przedmiotu niniejszego zamówienia została ustalona na kwotę: 2 306 062,72 zł, co stanowi równowartość 545 826,58 euro. W treści rozdziału III, zatytułowanego: „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający zamieścił postanowienia, iż: „W przypadku wątpliwości co do parametrów

*urządzeń wskazanych w ofercie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac, w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego:*

- 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci,*
- 1 szt. firewall z węzła głównego sieci,*
- 1 szt. routera brzegowego,*
- 1 szt. przełącznika radiowego węzła rdzeniowego i przełącznika dostępowego JPG,*
- 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC,*
- 1 szt. kontrolera WiFi wraz z punktem dostępowym WiFi,*
- 1 kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej 5Gllz (punkt wielopunkt) i radiowego urządzenia abonenckiego,*
- oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi (sieciowymi i radiowymi) w sieci, i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1,2,3,5,6,7,9,10,11,12,13,14) parametrów i wyników testów przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie.*

*Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń. W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nie uruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona. Sprzęt dostarczony przez Wykonawców do przeprowadzenia testów pozostanie w siedzibie Zamawiającego do upływu terminu przewidzianego do wniesienia środka ochrony prawnej, a w przypadku Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, pozostanie do dnia odbioru dostawy i będzie stanowił wzorzec.” Powyższe postanowienie SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu zostało zakwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.*

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że dotyczy ono czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z ustaleniami Izby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie, zostało wszczęte, poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonego przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych. Przedmiot niniejszego zamówienia stanowią roboty budowlane. Wartość tego

zamówienia ustalona została na kwotę poniżej wartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej wartości tzw. „progów unijnych”). Wskazane okoliczności nie były kwestionowane przez Odwołującego.

Izba ustaliła też, że przedmiotem zarzutów podnoszonych w odwołaniu był opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w postanowieniach rozdziału III pkt 5 SIWZ. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w zamówieniach, których wartość jest mniejsza niż wartość progów unijnych, odwołanie przysługuje wykonawcy wyłącznie wobec czynności zamawiającego polegających na:

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

Przywołany przepis określa zatem zamknięty katalog czynności Zamawiającego podlegających zaskarżeniu do Krajowej Izby Odwoławczej w trybie odwoławczym dla zamówień poniżej wartości progów unijnych. Z tych też względów, jeśli przedmiotem zarzutów odwołania jest czynność inna niż określona we wskazanym przepisie ustawy Pzp, odwołanie wykonawcy nie przysługuje i – w świetle art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp – podlega odrzuceniu bez jego merytorycznego rozpatrzenia, niezależnie od rangi i powagi zarzutów w nim podniesionych.

W przedmiotowej sprawie zaskarżona przez Odwołującego czynność opisu przedmiotu zamówienia nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w przywołanym przepisie. Z tych też względów wypełnienie znalazła dyspozycja art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż przedmiotem jego zarzutów jest określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, tj. opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli takiej czynności, która podlega zaskarżeniu dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych w świetle art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła tego stanowiska Odwołującego.

Faktycznie ustawodawca w przywołanym przepisie ustawy Pzp wskazał na możliwość zaskarżenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis ten, o którym także mowa w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, to nic innego jak opis podmiotowych warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Warunki z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp natomiast dotyczą wymogów *stricte* odnoszących się do

sytuacji podmiotowej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. jego uprawnień wymaganych do realizacji danego zamówienia, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i kadrowym, jak też jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zaskarżone przez Odwołującego postanowienie SIWZ w żadnej mierze nie odnosi się do wskazanych warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doprecyzowuje, tworząc opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Postanowienia SIWZ zawarte w rozdziale III pkt 5 odnoszą się do przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ, który następnie będzie przedmiotem świadczenia wykonawcy, który najpierw złoży ofertę na dany przedmiot zamówienia, a następnie będzie realizował to zamówienie. Postanowienia te dotyczą konkretnych urządzeń technicznych i wymagań wobec nich określonych przez Zamawiającego, które w ramach realizowanych robót budowlanych wybrany w postępowaniu wykonawca będzie miał obowiązek dostarczyć Zamawiającemu jako przedmiot świadczenia. Zamawiający w postanowieniach SIWZ dodatkowo przewidział, że ów przedmiot świadczenia określony w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ będzie w szczególnej sytuacji testował z wybranym w postępowaniu wykonawcą przed podpisaniem z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba nie ocenia w tym zakresie zasadności takiego postępowania Zamawiającego, jako że powyższe stanowi merytoryczny zarzut odwołania nie podlegający rozpoznaniu w sytuacji konieczności odrzucenia odwołania. Niewątpliwie jednak wskazany wymóg nie tylko z racji umieszczenia go w jednostce redakcyjnej SIWZ zatytułowanej: „*Opis przedmiotu zamówienia*”, ale przede wszystkim z uwagi na jego istotę i treść, stanowi wymóg odnoszący się do przedmiotu zamówienia, który nie podlega zaskarżeniu w trybie odwoławczym dla zamówień poniżej wartości progów unijnych.

Podkreślić należy, że choć potoczne rozumienie warunku udziału w postępowaniu może wskazywać, że powyższy, kwestionowany przez Odwołującego wymóg, jest swego rodzaju warunkiem – wedle Odwołującego – ograniczającym mu dostęp do zamówienia, to wskazanego pojęcia nie można interpretować w sposób potoczny, a tylko w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). Przepisy te warunkowi udziału w postępowaniu i opisowi sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku (konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i opisanych przez Zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) nadają określone brzmienie, odróżniając je od opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 i nast. ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Jednocześnie też Izba, rozpoznając na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do tego postępowania po stronie Zamawiającego wykonawcy IT Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania odwoławczego.

Izba nie stwierdziła skuteczności dwóch pozostałych zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego, tj. przystąpienia wykonawcy M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: P.W. MEGA M..... S..... z siedzibą w Płocku i wykonawcy P..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: PRO-BIT z siedzibą w Cekcynie, uwzględniając w tym względzie zgłoszone przez Odwołującego opozycje i stwierdzając, że określone wymogi formalne związane z wniesieniem przystąpienia do Izby, a wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie zostały przez wskazanych wykonawców wypełnione. W przypadku obydwu zgłoszeń przystąpień kopie tych przystąpień zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, złożonym w trakcie posiedzenia Izby, nie zostały mu przekazane, zaś wskazani wykonawcy nie dołączyli do swoich przystąpień dowodów ich przekazania Odwołującemu. W przypadku zgłoszenia przystąpienia wykonawcy M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: P.W. MEGA M..... S..... z siedzibą w Płocku zgłoszenie przystąpienia nie wpłynęło do Izby w formie pisemnej (przystąpienie złożono jedynie faksem), o której mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp oraz w § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 ze zm.) i która warunkuje skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym wskazani wykonawcy nie uzyskali statusu uczestników niniejszego postępowania odwoławczego.

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), jak również treść § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia wskazującego na zasadność zasądzenia na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów strony w przypadku odrzucenia odwołania.

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 w kwocie: 10 000 zł oraz

- stosownie do § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie: 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania.

Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosku Odwołującego o niezasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego. Koszty te – zdaniem Izby – są uzasadnione. Pełnomocnik Zamawiającego reprezentował swojego mandata na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, przedstawiał w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, prezentującą wnioski formalne, jak i merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania i wypełnił wymóg formalny wynikający z przywołanych powyżej przepisów, tj. przedłożył do akt sprawy w trakcie posiedzenia Izby rachunek potwierdzający poniesienie przez Zamawiającego wskazanych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Tym samym należało uznać, że wskazane koszty są uzasadnione i prawidłowym było ich zasądzenie przez Izbę na rzecz Zamawiającego.

**Przewodniczący:**

.....