

Sygn. akt: KIO 2554/11

WYROK
z dnia 15 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 listopada 2011 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Portu Wojennego, 72-600 Świnoujście, ul. Steuera 28**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiającego **Komendę Portu Wojennego, 72-600 Świnoujście, ul. Steuera 28**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Komendę Portu Wojennego, 72-600 Świnoujście, ul. Steuera 28** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2554/11

Uzasadnienie

Zamawiający **Komenda Portu Wojennego w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 72-600 Świnoujście** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Całodobowa, bezpośrednia, fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w obiektach KPW Świnoujście«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 03.11.2011 r. pod nrem 2011/S 211-344847.

Zamawiający zawiadomił 21.11.2011 r. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. **93 ust. 1 pkt 7** w zw. z art. **146 ust. 1 pkt 6** i w zw. z art. **7 ust. 1** i art. **26 ust. 1** Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) **G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa – lider**, (2) G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa, (3) G4S Security Systems (Polska, Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa, zgodnie z art. **182 ust. 1 pkt 1** Pzp, wniósł 30.11.2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

błędne przyjęcie, że zamawiający ograniczył dostęp potencjalnych wykonawców do zamówienia żądając pozwoleń radiowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do czego nie był uprawniony, a co za tym idzie postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy zamawiający był uprawniony do żądania tych dokumentów, a co za tym idzie postępowanie było prowadzone w sposób zgodny z przepisami i nie podlega unieważnieniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

art. **93 ust. 1 pkt 7** Pzp.

Odwołujący wniósł o:

nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający wskazał przepis art. **93 ust. 1 pkt 7** Pzp w zw. z art. **146 ust. 1 pkt 6** Pzp jako podstawę prawną do unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający wyjaśnił natomiast, że w świetle art. **26 ust. 1** Pzp oraz **§ 1 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentów wskazanych w **rozdz. IV pkt 1.1 lit. c i d specyfikacji**, a żądając je ograniczył dostęp potencjalnych wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne.

W **rozdz. IV pkt 1.1 specyfikacji** zamawiający zażądał od wykonawców następujących dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy:

„c) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w sieci typu monitorowania systemów alarmowych wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście (dotyczy zadań nr 1, 2, 3 i 4) oraz/lub m. Kołobrzeg (dotyczy zadania nr 5), wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości,

d) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście (dotyczy zadań nr 1, 2, 3 i 4) oraz/lub m. Kołobrzeg (dotyczy zadania nr 5), wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości”.

W ocenie odwołującego, zarówno przyjęte przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, jak i opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny.

Stosownie do postanowienia **rozdz. I pkt 2 specyfikacji**, przedmiotem zamówienia w jest całodobowa, bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w wymienionych w specyfikacji obiektach KPW Świnoujście. Szczegółowy zakres usług składających się na przedmiot umowy zawarty był w „Zakresach Działania” dla poszczególnych obiektów oraz w „Planach ochrony” kompleksów, które ze względu na specyfikę zamawiającego nie były udostępnione wraz ze specyfikacją na stronie internetowej zamawiającego, ale z którymi można było zapoznać się w siedzibie zamawiającego na zasadach określonych w **rozdz. III pkt 2 specyfikacji**.

Uogólniając, specyfika usług będących przedmiotem zamówienia, wynikająca z dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, sprowadza się do tego, że poszczególne obiekty, które mają być objęte ochroną stanowią obiekty wojskowe o dużej powierzchni (od ok. 7 ha do 192 ha), częściowo zlokalizowane w lasach, zabudowane licznymi budynkami, trudnodostępne. Wykonawca wykonując przedmiot umowy zobowiązany będzie do skierowania do ochrony obiektów licznego personelu (np. 6 pracowników na jednej zmianie), którzy będą wykonywali m.in. patrole całego terenu. W niektórych przypadkach patrole wykonywane przez pracowników wykonawcy, jeśli będą wykonywane pieszo, zajmować będą nawet 60 min. W tym czasie, wykonawca usług będzie musiał zapewnić stały kontakt patrolu z bazą, przy czym sam zamawiający zastrzegł, że na znacznej części terenu objętego ochroną jest „ograniczony zasięg telefonów komórkowych”.

Zamawiający na podstawie **art. 22 ust. 1** Pzp był uprawniony do postawienia wykonawcom warunku posiadania stosownych pozwoleń radiowych. Kontakt z patrolami zapewniającymi ochronę obiektów można utrzymać wyłącznie przez wykorzystanie urządzeń radiowych, a używanie takich urządzeń, na zasadzie **art. 143 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego**, wymaga posiadania pozwolenia radiowego. Także używanie urządzenia radiowego-nadawczego lub nadawczo-odbiorczego, bez wymaganego pozwolenia, stanowi przestępstwo opisane w **art. 208 Prawa telekomunikacyjnego**. Gdyby wybrany wykonawca nie dysponował pozwoleniami radiowymi, nie byłby on w stanie wykonywać przedmiotu umowy w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa oraz specyfiką świadczonej usługi. Na tej zasadzie warunek postawiony przez zamawiającego jest adekwatny do przedmiotu i warunków realizacji zamówienia.

Konieczność posiadania pozwoleń radiowych przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest świadczenie usług całodobowej ochrony zamkniętych o dużej powierzchni, np. baz wojskowych, lotnisk, terenów kopalni, jest warunkiem tradycyjnie stawianym przez zamawiających i dopuszczalność wymagania takich dokumentów przez zamawiających w tych postępowaniach została potwierdzona w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Dopuszczenie, aby wykonawca uzyskał pozwolenie radiowe dopiero po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, miałyby daleko idące skutki w sytuacji, gdy wykonawcy nie udałoby się uzyskać wymaganego pozwolenia. Podmiot, który ubiega się o udzielenie pozwolenia radiowego, może pozwolenia tego nie uzyskać, przy czym ryzyko takie jest większe, gdy pozwolenie ma dotyczyć obszaru przygranicznego (tak, jak w rozpoznawanej sprawie) i wymaga konsultacji z państwem trzecim. Wprawdzie decyzja o wydaniu pozwolenia radiowego nie jest decyzją uznaniową organu, niemniej jednak nie działa tu także żaden automatyzm.

Odnosząc się do treści uzasadnienia decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania, to nieuprawnione jest twierdzenie, że zażądanie załączenia do oferty pozwolenia radiowego było niezgodne z przepisami **§ 1 rozporządzenia** w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W **§ 1 ust. 1 pkt 1** ww. rozporządzenia ustawodawca nie wymienia wprawdzie pozwolenia radiowego jako dokumentu, który może być żądany przez zamawiających, niemniej jednak „sformułowania użyte w **§ 1 ust. 1 pkt 1** rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (koncesja, zezwolenie, licencja) nie stanowią semantycznego ograniczenia w możliwości legitymowania się określonymi uprawnieniami w prowadzeniu działalności gospodarczej. W tym względzie stanowisko, że inne dokumenty, a właściwie ich inna nazwa, pozwala na ich przyjęcie i uwzględnienie jest właściwe” (tak KIO w wyroku z 22 stycznia 2010 r., sygn. akt **KIO/UZP 1696/09**; KIO/UZP 1716/09; KIO/UZP 1725/09).

W kwestii zasadności unieważnienia przez zamawiającego postępowania, to stosownie do **art. 93 ust. 1 pkt 7** Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że wskazana powyżej podstawa do unieważnienia postępowania odnosi się także do podstawy stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne, o której mowa w **art. 146 ust. 6** Pzp, tj. do możliwości wystąpienia przez Prezesa Urzędu do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Skoro jednak w świetle powyższych wywodów dopuszczalne było zażądanie przez zamawiającego pozwoleń radiowych, a wymóg ten nie stanowił naruszenia wyrażonej w **art. 7 ust. 1** Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to mamy do czynienia z brakiem wadliwości czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, nie istniałyby podstawy do stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne, co jest równoznaczne z tym, że nie można przyjąć, aby istniały podstawy do unieważnienia postępowania.

Nawet gdyby przyjąć, że warunek posiadania urządzeń nadawczych i nadawczo-odbiorczych z właściwym pozwoleniem radiowym odnosić raczej do zdolności technicznej wykonawcy do wykonania przedmiotu umowy, to i tak wskazanie niewłaściwej podstawy prawnej do postawienia warunku nie byłoby wadliwością postępowania, o jakiej mowa w przepisie art. **146 ust. 6** Pzp. Okoliczność ta nie zmienia bowiem oceny, że zamawiający był uprawniony do żądania spornego pozwolenia, a żądanie to ze względu na specyfikę zamówienia nie było żądaniem ograniczającym konkurencję. Tymczasem „samo naruszenie

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. **146 ust. 1 i 6** Pzp (z tytułu naruszenia, o którym mowa w ust. 6, podmiotem uprawnionym do wystąpienia o unieważnienie umowy jest wyłącznie Prezes UZP), nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy” (tak KIO w wyroku z dnia 12 listopada 2010 r., sygn. akt **KIO/UZP 2362/10**).

Postępowanie nie jest obarczone taką wadą, która mogłaby być podstawą do stwierdzenia nieważności przyszłej umowy. Zamawiający uprawniony był do żądania pozwoleń radiowych, a wymóg ten nie stanowił naruszenia zasady ochrony konkurencji wyrażonej w art. **7 ust. 1** Pzp. Zamawiający w kolejnym postępowaniu dotyczącym tych samych usług (usług, które w unieważnionym postępowaniu stanowiły zadanie nr 5) nadal wymaga – od wykonawców biorących udział w postępowaniu – posiadania pozwoleń radiowych (postępowanie nr 37/2011). Tym razem jednak na potwierdzenie spełnienia spornego warunku zamawiający nie żąda samego pozwolenia, a stosownego oświadczenia o posiadaniu takiego pozwolenia, co jednak nie zmienia treści warunku. Przedmiotowa okoliczność najlepiej świadczy o tym, że sam zamawiający nie uważa, aby możliwym był udział we wskazanych postępowaniach wykonawców nie posiadających pozwoleń radiowych, a co za tym idzie nie uważa on, aby taki wymóg ograniczał konkurencję.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **30.11.2011 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **01.12.2011 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) Gustaw Securitas System Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Łyskowskiego 18, 71-641 Szczecin oraz (2) Zakład Usług Ochrony Osób i Mienia „Konwój-Security” Sp. J. z siedzibą w Świnoujściu, ul. Wojska Polskiego 1/19, 72-600 Świnoujście złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania **06.12.2011 r. po stronie odwołującego**, jednak uczynili to niezgodnie z przepisami i nie stali się przystępującymi (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **05.12.2011 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający uważa, że wniesione odwołanie nie powinno podlegać rozpatrzeniu bo nie precyzuje, której części postępowania dotyczy.

Zgodnie z ogłoszeniem i specyfikacją przedmiot zamówienia był podzielony na 5 części. Wedle obowiązujących przepisów każdą z części należy traktować odrębnie. Zadanie nr 5 zostało unieważnione z powodu kwoty przekraczającej możliwości finansowe Zamawiającego.

Przedmiot zamówienia określał 5 części tj.:

- 1) Zadanie nr 1 Całodobowa, bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w obiekcie – Port Wojenny Świnoujście;
- 2) Zadanie nr 2 Całodobowa, bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w obiekcie „OGNICA”;
- 3) Zadanie nr 3 Całodobowa, bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w obiekcie technicznym „KARSIBÓR”;
- 4) Zadanie nr 4 Całodobowa, bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w Składzie MPS;
- 5) Zadanie nr 5 Całodobowa, bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w Punkcie Bazowania Kołobrzeg.

W uzasadnieniu podjętej decyzji zamawiający przedstawia okoliczności, które były powodem unieważnienia przedmiotowego postępowania w Zadaniu nr 1, 2, 3, 4.

W postępowaniu zamawiający żądał przedstawienia zgodnie z postanowieniami specyfikacji »pozwolenia na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych pracujących w sieci typu monitorowania systemów alarmowych wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście (dotyczy zadań nr 1, 2, 3 i 4) **lub** m. Kołobrzeg (dotyczy zadania nr 5), wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. dokument składa każdy z członków oraz pozwolenia na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście (dotyczy zadań nr 1, 2, 3 i 4) **lub** m. Kołobrzeg (dotyczy zadania nr 5), wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. dokument składa każdy z członków...”.

W toku badania ofert zamawiający stwierdził brak stosownych pozwoleń **przez wykonawcę, przedstawiciela** wykonawców G4S Secure Solutions. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wezwano wykonawcę do uzupełnienia stosownych pozwoleń. 17 listopada 2011 r. wykonawca przesłał dokument,

który był wystawiony na G4S Holdings Polska Sp. z o.o., podmiot nie będący stroną w toczącym się postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający wezwał przedstawiciela wykonawców do złożenia wyjaśnień. Z treści złożonych wyjaśnień wynika, że spółki wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia posługują się zezwoleniami radiowymi wystawionymi na G4S Holdings (Polska) Sp. z o.o. na podstawie podpisanego porozumienia. Jednakże przedsiębiorca ten nie jest ani podwykonawcą, bo nie będzie świadczyć usług na rzecz zamawiającego, tylko grupy kapitałowej, ani nie wchodzi w skład wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co skutkowałoby odrzuceniem oferty złożonej przez pozostałych członków. Sami wykonawcy powołali się w wyjaśnieniach, że posiadanie pozwoleń przez wszystkich członków grupy kapitałowej, w tym wykonawców byłoby niecelowe z punktu widzenia biznesowego, co zamawiający uznał jako jeden z argumentów przy podjęciu decyzji.

W wyniku złożonych wyjaśnień zamawiający znalazł się w trudnej sytuacji ponieważ:

1) mógł wybrać ofertę konsorcjum i narazić się na odwołania ze strony pozostałych wykonawców, których argumenty byłyby słuszne, biorąc pod uwagę błędne postanowienia specyfikacji;

2) mógł odrzucić ofertę konsorcjum i narazić się na odwołanie ze strony G4S biorąc pod uwagę treść wyroku z 7 stycznia 2010 r. sygn. akt: **KIO/UZP 1824/09**, którego stroną był wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający kontaktował się telefonicznie z przedstawicielem UZP udzielającym porad prawnych, by skonsultować dalsze kroki w przedmiotowej sprawie. W wyniku przekazanej porady prawnej i opisanego wyżej wyroku zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Głównym powodem był brak możliwości zawarcia ważnej umowy bez dokonania naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych bez względu na to, z którym wykonawcą byłaby ona podpisana.

Okolicznością mającą wpływ na unieważnienie postępowania było to, że zamawiający w toku badania ofert dostrzegł błędy specyfikacji w postaci naruszeń przepisów, które niewątpliwie miały wpływ na dokonanie wyboru i ograniczenia dostępu do zamówienia. Błędem było żądanie przedmiotowych dokumentów w formie określonej w specyfikacji, biorąc pod uwagę liczbę wykonawców uczestniczących w oględzinach, którzy to wykonawcy nie posiadali stosownego pozwolenia, a mogli go uzyskać, złożony dokument przez konsorcjum oraz to, że KIO w wyżej podanym wyroku, jako zasadne uznała wymagania od wykonawców na etapie składania ofert, złożenia jedynie oświadczenia o uzyskaniu takich

pozwoleń zaś konieczność przedstawienia odpowiednich pozwoleń powinna dotyczyć wyłącznie wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Błędem specyfikacji jest również, zdaniem zamawiającego, całkowite uniemożliwienie korzystania z podwykonawstwa, co również przyczyniło się do złamania podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego.

Błędem specyfikacji jest również nieczytelność załącznika nr 10 – oświadczenia, bo w treści załącznika daje możliwość wyboru sposobu pełnia służby w systemie 12 lub 24 godzinnym, a dokument „zakres działania” narzuca system 12 godzinny. Wykonawcy mieli możliwość zapoznania się „zakresem działania” podczas spotkania z wykonawcami, które zgodnie z przepisami nie jest obowiązkowe. W konsekwencji wprowadziło to w błąd wykonawców – dla przykładu oferta odwołującego.

Treść odwołania złożona przez wykonawcę, w której swoją argumentację opiera na wydanych wyrokach KIO i przeprowadzonej kontroli uprzedniej nie ma odzwierciedlenia w sprawie. Argumentacja sprowadza się tylko do tego, że KIO nie kwestionowała żądania przez wykonawców dokumentu, mimo że nie było to czynnością, na która złożono odwołanie. Stan faktyczny przeprowadzonej kontroli uprzedniej **UZP/DKD/KND/68/2010** nie jest podobny do rozpoznawanej sprawy, bo zamawiający w tej sprawie nie żądał oświadczenia o posiadaniu stosownego pozwolenia, tylko żądał dokumentu przed podpisaniem umowy, co faktycznie skutkowało tym, że zamawiający dokonywał ponownej oceny ofert przy podpisaniu umowy.

Zamawiający dlatego chciał zastosować rozwiązanie, które wskazała KIO w wyroku sygn. akt: **KIO/UZP 1824/09**, by tylko zweryfikować samą zgodność z prawdą stosownego oświadczenia o posiadaniu stosownego pozwolenia, ponieważ nie jest możliwe wykonywanie zadania ochrony przez wykonawcę bez stosownego pozwolenia, a nie sam fakt udzielenia zamówienia czy podpisania umowy. Zdaniem zamawiającego ww. wyrok KIO jest najbardziej zbliżony do przedmiotowej sprawy i to na jego podstawie zamawiający podjął decyzję.

Na uwagę zasługują również dwuznaczność przedstawianych argumentów przez odwołującego. W jednym postępowaniu na taki sam przedmiot zamówienia (również takie same dokumenty składane przez wykonawcę) broni swojej postawy i uprawdopodobnia brak potrzeby posiadania przedmiotowych dokumentów na etapie składania ofert, a w drugim ich bezwzględne żądania.

Niestety świadomość popełnionych błędów, naruszeń ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dotarła do zamawiającego dopiero na etapie badania ofert, co spowodowało podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania.

Decyzja ta nie narusza interesu wykonawców bo:

- 1) wykonawcy mają możliwość uzyskania zwrotu kosztów przygotowania oferty;
- 2) jest sprawiedliwa dla wszystkich wykonawców, umożliwi złożenie ofert przedsiębiorcom, którzy byli w trakcie załatwiania pozwolenia i przez to nie złożyli oferty np. firma IMPEL;
- 3) umożliwi złożenie oferty przedsiębiorcom, którzy posiadają już przedmiotowe pozwolenie;
- 4) umożliwi również prawidłowe przygotowanie oferty przez odwołującego, którego oferta była korzystna dla zamawiającego, ale wadliwa.

Zamawiający powinien mieć możliwość unieważnienia postępowania po dowiedzeniu się o błędach, które są lub w późniejszym czasie będą przyczyną naruszenia przepisów prawa, ponieważ to zamawiający narazi się na negatywne skutki tego postępowania przez przeprowadzone kontrole i nadzory przez kompetentne organy. Kontrole i nadzory te potwierdzą naruszenie przepisów np. naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych; zawarcie nieważnej umowy, a w tej sytuacji to zamawiający poniesie konsekwencje nałożenia kary przez np. Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Zamawiający nie może dopuścić do tego, by po stwierdzeniu naruszeń postępowania przez niego samego, prowadzić je z naruszeniem obowiązujących reguł prawnych i udzielić zamówienia, tylko dlatego by bronić interesu jednego przedsiębiorcy, wiedząc jakie konsekwencje prawno-finansowe poniesie w późniejszym czasie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

(dowód nr 1) zawiadomienie o wyborze oferty wystosowane przez zamawiającego 30 listopada 2010 r., gdzie zamawiający znał już wyrok ze stycznia 2010 r., na który się powołuje w unieważnieniu rozpoznawanego postępowania – na dowód uzasadnienia żądania pozwoleń radiowych na etapie ubiegania się o zamówienie

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołanie nie zawierało precyzyjnie przytoczonych części postępowania, których dotyczy. Jednak odwołujący wystarczająco wykazał, że odwołanie odnosiło się do części 1-4 zamówienia, gdyż było reakcją na pismo zamawiającego z 21 listopada 2011 r. o unieważnieniu przetargu właśnie w tych częściach.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego oraz złożone przez odwołującego zawiadomienie z 30 listopada 2010 r. o wyborze oferty wystosowane w innym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania przez błędne przyjęcie, że zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył dostęp potencjalnych wykonawców do zamówienia żądając pozwoleń radiowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie przez błędne przyjęcie, że postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał w rozdz. IV ust. 1 specyfikacji od wykonawców następujących dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy:

„c) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w sieci typu monitorowania systemów alarmowych wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście (dotyczy zadań nr 1, 2, 3 i 4) oraz/lub m. Kołobrzeg (dotyczy zadania nr 5), wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości,

KONSORCJUM – ww. dokument składa każdy z członków;

d) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście (dotyczy zadań nr 1, 2, 3 i 4) oraz/lub m. Kołobrzeg (dotyczy zadania nr 5), wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości,

KONSORCJUM – ww. dokument składa każdy z członków;”.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp stwierdzając w piśmie z 21 listopada 2011 r., cyt.: »Powodem unieważnienia niniejszego postępowania jest fakt, że zamawiający ograniczył dostęp potencjalnych wykonawców do ubiegania się o zamówienia publiczne przez żądanie dokumentów nie objętych treścią art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych oraz § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Dokumentami tymi są:

- a) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w sieci typu monitorowania systemów alarmowych wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście, wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości,
- b) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wydane przez uprawniony podmiot, obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście, wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości.

Stanowisko to jest potwierdzone wyrokiem KIO z dnia 7 stycznia 2010 r. sygn. Akt KIO/UZP 1824/09. Tym samym wyczerpane zostały przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego«.

Zdaniem składu orzekającego Izby w rozpoznawanej sprawie należy wziąć pod uwagę wywody zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (pismo z 11 lipca 2011 r., znak UZP/DKD/KND/68/2010), na które powołały się obie strony. W piśmie tym Prezes UZP wskazał, że zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jednak jego cyt. »weryfikacji, niezgodnie z ustawą [z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych], zamawiający zamierzał dokonać dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, w odniesieniu wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą«.

W rozpoznawanej sprawie unieważniając postępowanie zamawiający powołał się na żądanie dwóch dokumentów [(a) pozwolenia na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w sieci typu monitorowania systemów alarmowych wydane przez uprawniony podmiot, **obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście, wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości;** (b) pozwolenie na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wydane przez uprawniony podmiot, **obejmujące swym zasięgiem rejon m. Świnoujście, wyszczególnione w warunkach wykorzystania częstotliwości**].

Skład orzekający Izby również musi wziąć pod uwagę, że – zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp może orzekać co do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu. Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że samo żądanie w specyfikacji od wykonawców przytoczonych dokumentów nie może być powodem unieważnienia postępowania na podstawie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp,

na który to przepis powołał się zamawiający. Dokumentów tych może żądać zamawiający na podstawie § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz zamawiający nie wykazał, że dokumenty te są zbędne do przeprowadzenia postępowania, a więc także nie został naruszony art. 25 ust. 1 Pzp. Ponadto ze względu na wartość zamówienia [przekraczającą kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp] zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co jest ustanowione w art. 26 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby nie mógł wziąć pod uwagę argumentów zamawiającego przytoczonych w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, gdyż odwołanie odnosiło się do czynności zamawiającego, a w szczególności pisma z 21 listopada 2011 r., gdzie zamawiający nie przedstawił tych argumentów, mimo że zgodnie z art. 93 ust. 3 *in fine* Pzp powinien podać te przesłanki w uzasadnieniu faktycznym i prawnym obejmującym wszystkie powody i podstawy prawne unieważnienia postępowania.

Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz ust. 3 Pzp przez wadliwe powołanie się na przesłanki unieważnienia postępowania.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodu złożonego przez odwołującego, gdyż dowód dotyczył innego postępowania. Również przytoczone orzecznictwo nie w pełni można odnieść do rozpoznawanej sprawy ze względu na odmienne stany faktyczne.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

.....