

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 16 stycznia 2013r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 16 stycznia 2013r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 grudnia 2012r. przez „STEKOP” Spółkę Akcyjną w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 3378 Drawsko Pomorskie w Olesznie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Ochrona Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Konsalnet Monitoring Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Konsalnet Security Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, G4S Secure Solutions Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, G4S Manned Security Pols Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża „STEKOP” Spółkę Akcyjną w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od „STEKOP” Spółki Akcyjnej w Warszawie na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 3378 Drawsko Pomorskie w Olesznie kwotę 19 296 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

**Przewodniczący:.....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jednostkę Wojskową Nr 3378 Drawsko Pomorskie w Olesznie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia realizowane na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 3378 przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 października 2012 r., pod numerem 207-340851.

28 grudnia 2012r. przez „STEKOP” Spółkę Akcyjną w Warszawie wniósł odwołanie w związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 7 postępowania złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Ochrona Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Konsalnet Monitoring Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Konsalnet Security Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, G4S Secure Solutions Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, G4S Manned Security Pols Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, dalej jako: „Konsorcjum Konsalnet”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Konsorcjum Konsalnet który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Konsalnet, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu;
- art. 82 ust. 3 ustawy przez uznanie, że oferta wykonawcy Konsorcjum Konsalnet odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Konsalnet w warunkach, w których oferta podlegała odrzuceniu i dokonanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Konsalnet podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru na zadanie nr 7 jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Konsalnet, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu ofert podlegających odrzuceniu oraz odrzucenia na zadanie nr 7 oferty Konsorcjum Konsalnet. W przypadku uznania, że oferta Konsorcjum Konsalnet nie podlega odrzuceniu wniósł o wykluczenie z postępowania

wykonawcy Konsorcjum Konsalnet w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie)

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że złożone wraz z ofertą przez Konsorcjum Konsalnet pozwolenia radiowe nie obejmują całego obszaru wykonywania usługi lub pochodzą od wykonawcy nie będącego członkiem konsorcjum.

Konsorcjum Konsalnet przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego odwołującego zachowując przesłanki ustawowe i wniosło o odrzucenie lub o oddalenie odwołania .

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby, pismem z 14 stycznia 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Kwestionowana w odwołaniu czynność wyboru oferty Konsorcjum Konsoleta jest czynnością powtórzoną przez zamawiającego. Zamawiający już raz wybrał ofertę Konsorcjum. Wobec tej czynności odwołujący wniósł 7 grudnia 2012r. odwołanie, które jednak wycofał. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z 19 grudnia 2012r. sygn.akt. KIO 2701/12.

Odwołanie wskazywało na wadliwość pozwoleń radiowych oraz pozwoleń na broń.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie nie uwzględnił zarzutu dotyczącego pozwoleń radiowych. Uwzględnił natomiast zarzut wobec pozwoleń na broń, unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwał Konsorcjum Konsalnet do wyjaśnień/uzupełnienia pozwoleń. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający ponownie wybrał ofertę Konsorcjum.

Sprawdzone odwołanie - wniesione wobec powtórzonego wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum - zawiera te same zarzuty, co wycofane odwołanie z 7 grudnia 2012r.. Potwierdził to zamawiający na posiedzeniu i oświadczył, że nie uznał poprzednio tego zarzutu i stan rzeczy w tej mierze nie uległ zmianie.

Odwołujący podnosił, że odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż zostało wniesione wobec nowej czynności w postępowaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zostało wniesione po upływie terminu przewidzianego ustawą na jego wniesienie i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi uporządkowany ciąg czynności

zamawiającego i cechuje się szybkością. Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny, co oznacza, że czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia wywierają skutki prawne w zakresie, w jakim nie zostały zakwestionowane w odwołaniu lub zmienione mocą czynności zamawiającego dokonanych z własnej inicjatywy. Odpowiada temu wpisana w system odwoławczy zasada - obowiązująca mimo nowelizacji przepisów dotyczących środków ochrony prawnej - że odwołanie może zostać wniesione jedynie w terminach, których długość jest ściśle określona w przepisach prawa.

Dostrzeżenia wymaga, że przepisy ustawy w postępowaniach, których wartość przekracza tzw. "progi unijne", ustanawiają zasadę, że termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni niezależnie, czy źródłem wiedzy o okolicznościach uzasadniających jego wniesienie jest czynność zamawiającego, o której zobowiązany jest on przesłać informację wykonawcom (art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp), czy też możliwość powzięcia przez wykonawcę wiedzy o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania.

Skoro odwołujący powziął wiedzę o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania już wcześniej, czemu dał wyraz w odwołaniu wniesionym 7 grudnia 2012r., to powtórzona przez zamawiającego czynność wyboru oferty Konsorcjum Konsalnet może podlegać rozpoznaniu jedynie w zakresie zmienionym od poprzedniego wyboru.

Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do obejścia przepisów o długości terminów przewidzianych na wniesienie odwołania i przedłużania postępowania skutkiem podnoszenia – w razie ponownego wyboru oferty tego samego wykonawcy – zarzutów wobec stanu rzeczy istniejącego w dacie złożenia oferty, który winien być znany już wcześniej wykonawcom działającym z należytą starannością.

Odwołujący, który wniósł odwołanie na dokonany wcześniej wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum i następnie je wycofał, nie może ponownie podnosić tych samych zarzutów, opartych o takie same podstawy faktyczne i prawne. Zarzuty te nie zostały rozpoznane wcześniej z przyczyn leżących po stronie odwołującego, a stan sprawy nie uległ zmianie pisma z Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 15 stycznia 2012r. zostały złożone do akt sprawy i nie były podstawą oceny zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 uznała, że zasada zasądzenia kosztów na rzecz przystępującego, zawarta w § 5 ust. 3 pkt 2 tego rozporządzenia, znajduje zastosowanie w razie zgłoszenia sprzeciwu przez przystępującego i oddaleniu odwołania po przeprowadzeniu rozprawy.

**Przewodniczący:** .....