

Sygn. akt: KIO 143/16

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 17 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2016r. przez **wykonawcę DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarządu Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9a** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę portu morskiego w Gdyni w latach 2016-2020 zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 stycznia 2016r. za numerem 2016/S 016-024732.

W dniu 2 lutego 2016r. drogą elektroniczną wykonawca DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9a – dalej odwołujący wniósł odwołanie wobec treści siwz. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa udzielonego dnia 1 lutego 2016r. przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do samodzielnej reprezentacji i ujawnionego w KRS, zgodnie z odpisem załączonym do odwołania.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 2 lutego 2016r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający ustalenie jaki dokument należy złożyć w celu wykazanie jego spełnienia a w konsekwencji nieproporcjonalny do przedmiaru zamówienia a zatem żądanie dokumentu zbędnego oraz czynności dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia a w konsekwencji w sposób niezasadnie ograniczający konkurencję.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy w zw z art. 22 ust. 1 pkt. 3 oraz ust. 4 i 5 ustawy w zw z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający ustalenie jaki dokument należy złożyć w celu wykazanie jego spełnienia a w konsekwencji nieproporcjonalny do przedmiaru zamówienia a zatem żądanie dokumentu zbędnego,

- art. 7 ust. 1 ustawy w zw z art. 22 ust. 1 pkt. 3 oraz ust. 4 i 5 ustawy w zw z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia a w konsekwencji w sposób niezasadnie

ograniczający konkurencję a w konsekwencji żądanie dokumentu zbędnego.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- wykreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w kwestionowanym zakresie, ewentualnie:

- wykreślenie z opisu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymogu dysponowania osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie Międzynarodowego Kodeksu Ochrony Statku i Obiektu Portowego (ISPS CODE) i przeniesienie go do etapu przed podpisaniem umowy.

Wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług będących przedmiotem ww. zamówienia i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia. Natomiast co do ewentualnej szkody - jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)” - wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn.. akt. KIO 1691/12; KIO 1704/12). Wobec powyższego odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych wyżej przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż opis ww warunków uniemożliwia im ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Odwołującego w ramach w/w postępowania Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy. gdyż zamawiający dokonał opisu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagając aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. osobami spełniającymi niżej wymienione wymogi: minimum 31 osób (...), które ponadto ukończyły szkolenie w zakresie Międzynarodowego Kodeksu Ochrony Statku i Obiektu Portowego (ISPS CODE). Odwołujący podniósł, że zamawiający nie ma obowiązku dokonania opisu sposobu oceny spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu niemniej jednak jeśli już decyduje się na dokonanie opisu na potrzeby danego postępowania zobowiązany jest dokonać tej czynności w taki sposób aby nie było wątpliwości jaki dokument należy złożyć w celu potwierdzenia spełnienia skonkretyzowanego warunku. Odwołujący wskazał, iż obecnie dostępne są przynajmniej dwa szkolenia w tym zakresie, jedno, na pracownika ochrony obiektu portowego (oficera ochrony portu) - trwające 3 dni oraz drugie jedynie sześciogodzinne, oczywistym jest, iż różnią się one zakresem informacji, jakie zostaną przekazane kursantom a więc i zakresem zdobytych kwalifikacji a także znacząco inna jest ich cena bowiem koszt pierwszego szkolenia wynosi 700 zł za osobę a drugiego 1.000.00 zł za wszystkie wymagane w opisie warunku w związku z czym odwołujący wnosi aby

zamawiający zaniechał opisu warunku w kwestionowanym zakresie bowiem jak wynika z jego niejednoznacznego sformułowania nie jest on potrzebny dla zweryfikowania zdolności wykonawców. Pozostawienie tego wymagania może bowiem powodować, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy posługujący się osobami o różnych kwalifikacjach, a warunek nie służy weryfikacji uprawnień wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w jednakowym zakresie. Tak nieprecyzyjny opis dodatkowo narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców bowiem Zamawiający wobec braku możliwości doprecyzowania postanowień siwz po upływie terminu składania ofert będzie musiał przyjąć oferty zawierające różne dokumenty na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał opisu warunku w przywołanym powyżej zakresie w sposób niezasadnie nadmierny, a w konsekwencji tożsamy z przedmiotem w/w zamówienia, a nie jedynie związany z nim - wymagając już na etapie ubiegania się o zamówienie (na dzień upływu terminu składania ofert) dysponowania osobami przeszkolonymi w zakresie niezbędnym jedynie dla ochrony statku i obiektu portowego, tym samym faktycznie dopuszczając do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie jedynie wykonawców, którzy w okresie referencyjnym (trzech lat przed upływem terminu składania ofert) wykonali usługi ochrony statku i obiektów portowych i stąd dysponują osobami przeszkolonymi w tym zakresie, ignorując przy tym sytuację na rynku usług ochrony bowiem większość wykonawców świadczących w ramach prowadzonej działalności gospodarcze usługi ochrony ale na innych obiektach niż statki i porty nie dysponuje tak przeszkolonymi osobami. Na potwierdzenie swego stanowiska powołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r. sygn.. akt. X Ga 122/10, wyrok TSUE z 4 grudnia 2003 r (sygn.. akt. C-488/01), wyrok KIO z 4 sierpnia 2008 r (sygn.. akt. KIO/UZP 749/08), wyrok KIO z 13 października 2010 (sygn. Akt. KIO/UZP 2106/10), wyrok KIO z 28 kwietnia 2008 (sygn. akt. KIO/UZP 350/08)", wyrok KIO z dnia 31.03.2015 r KIO540/15. Odwołujący wskazał, że dokonany opis warunku w praktyce wyklucza możliwość skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 26 ust. 2b ustawy a więc wykazania warunku zasobami udostępnionymi bowiem żaden z kilku wykonawców dysponujących wymaganymi osobami z oczywistych powodów nie będzie zainteresowanych ich udostępnieniem konkurencyjnemu wykonawcy w trybie przywołanego przepisu. Z tych samych powodów nie możliwe będzie ubieganie się o przedmiotowe zamówienie wspólnie z podmiotem spełniającym warunek osobowy (w konsorcjum czy w formie spółki cywilnej).

Zdaniem odwołującego wystarczającym będzie aby na etapie ubiegania się o zamówienie wykonawcy potwierdzili, iż dysponują osobami posiadającymi wskazane w opisie kwalifikacje z pominięciem szkolenia w zakresie ochrony statku i obiektów portowych, przenosząc ten ostatni wymóg na etap przed podpisaniem umowy o udzielenie przedmiotowego

zamówienia. Odwołujący wskazał także na ewentualne konsekwencje utrzymania powyższego wymagania w kontekście ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r poz. 885) a w szczególności art. 44 ust. 3 pkt. 1 a i 1 b, oraz art. 17 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r nr 14 poz. 114). Podkreślił, że ewentualne przeniesienie wymogu wykazania się osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie Międzynarodowego Kodeksu Ochrony Statku i Obiektu Portowego (ISPS CODE) przed podpisaniem umowy nie stwarza wybranemu wykonawcy możliwości ewentualnego bezkosztowego uchylenia się od podpisania umowy bowiem zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu wadium w wysokości 180.000,00 zł i może ono zostać zatrzymane nie tylko w sytuacji nie wykazania warunków udziału w postępowaniu ale również zgodnie z treścią art. 46 ust. ustawy w sytuacji odmowy podpisania umowy.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 16 lutego 2016r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatryła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: