

Sygn. akt KIO/UZP 78/08

WYROK

dnia 18 lutego 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Luiza Łamejko

Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2008 roku odwołania wniesionego przez MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Komendanta Głównego Policji w Warszawie protestu z dnia 10 stycznia 2008 roku

orzeka:

- I. Oddala odwołanie;
- II. Kosztami postępowania obciąża MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3.000 zł. (trzy tysiące złotych) przez MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Komendy Głównej Policji w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty zastępstwa prawnego
 - 3) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendanta Głównego Policji na „dostawę i instalację sprzętu radiokomunikacyjnego na potrzeby wymiany informacji z zakresu Schengen drogą radiową w ramach projektu Norweskiego Mechanizmu Finansowego nr NMF05.PL0087”, Wykonawca MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 10.01.2008r. złożył protest na czynność polegającą na ustaleniu przez Zmawiającego kryterium oceny spełnienia przez wykonawców warunku minimalnego doświadczenia w postaci wykazania się dostawą radiotelefonów przeznaczonych do analogowej transmisji mowy w paśmie VHF (ogłoszenie – sekcja III pkt. III 2.2, SIWZ- pkt. VI 1 lit. a-d). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 22 ust. 2 Pzp. Wniósł, o: zmianę zaskarżonego zapisu, ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp).

W dniu 17.01.2008r. Zamawiający oddalił protest.

Z treści uzasadnienia wynika, że przedmiot zamówienia jakim jest dostawa i instalacja radiotelefonów przeznaczonych do analogowej transmisji mowy w paśmie VHF oraz przeprowadzenie szkoleń w zakresie instalacji i uruchomienia powyższych radiotelefonów determinował określenie warunków doświadczenia wykonawców biorących udział w przetargu. Zdaniem Zamawiającego, doświadczenia nabyte przez wykonawców przy dostawie innych radiotelefonów, np. cyfrowych służących do transmisji innych sygnałów niż mowa ludzka oraz działających w innych pasmach częstotliwości, nie daje gwarancji, że wykonawca jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia. Radiotelefony takie nie są bowiem urządzeniami o podobnym charakterze, lecz o podobnej funkcjonalności. W ocenie Zamawiającego konieczna jest znajomość przez wykonawców normy ETSI EN 300 086 dot. Urządzeń przeznaczonych do analogowej transmisji mowy. Zdaniem Zamawiającego posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie „nowoczesnych technologii” nie jest równoznaczne ze znajomością technologii niższego poziomu, choćby ze względu na inną architekturę sieci radiokomunikacyjnej, serwisowania i programowania urządzeń, normy, dyrektywy, itp. W ocenie Zamawiającego, protestujący nie wykazał jakoby zapis kwestionowanego przez niego warunku doświadczenia ograniczał w sposób nieuzasadniony dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu wykonawców, gdyż – według wiedzy Zamawiającego – na rynku funkcjonuje minimum kilku wykonawców, którzy są w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu, w tym sam protestujący.

Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Wykonawcy faksem w dacie 17.01.2008r.

Od rozstrzygnięcia protestu Wykonawca MAW Telecom SRP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie w dniu 22.01.2008r. Tego samego dnia przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu, wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 Pzp. poprzez czynność ustalenia kryterium oceny spełniania przez wykonawców warunku minimalnego doświadczenia.

Wniósł o unieważnienie postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób bezprawny ograniczył wybór oferenta legitymującego się doświadczeniem w dostawach sprzętu pracującego jedynie w paśmie VHF, które stanowi małą część normy ETSI EN 300 086. W ocenie Odwołującego, posiadanie doświadczenia przez wykonawcę w dostawach sprzętu objętego powołaną normą, ale pracującego w innym zakresie częstotliwości (w paśmie Low Band, czy w paśmie UHF) nie może być uznane za nieadekwatne i niewystarczające. Z punktu widzenia Odwołującego, dostawami o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia są wszystkie dostawy radiotelefonów w ogóle, gdyż każdy radiotelefon jest urządzeniem o tym samym charakterze, bez względu na to czy jest urządzeniem cyfrowym, czy analogowym do transmisji mowy. Co więcej, radiotelefony cyfrowe są rozwinięciem technologicznym radiotelefonów analogowych, tym bardziej niezrozumiałe jest dla Odwołującego niedopuszczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców posiadających doświadczenie w dostawach radiotelefonów i systemów łączności bardziej zaawansowanych technologicznie, zawierających również wymogi i cechy techniczne zbliżone lub nawet tożsame z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wywodzi również, że obecnie trudno jest wykazać się wykonawcy doświadczeniem w dostawach radiotelefonów analogowych wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat z tego powodu, że są rzadziej niż niegdyś spotykaną aplikacją. Zdaniem Odwołującego, przez ustalenie warunku doświadczenia dot. radiotelefonów analogowych, Zamawiający zawęził możliwość ubiegania się o zamówienie do jednego wykonawcy w zakresie stacji bazowych, który to na rynku może wylegitymować się doświadczeniem w dużych dostawach radiotelefonów stacjonarnych o pożądanej tłumienności międzykanałowej -70 dB. Odwołujący jednocześnie przyznał, że realizował adekwatne dostawy radiotelefonów analogowych VHF dla Zamawiającego, ale wyłącznie w dwóch z czterech rodzajów sprzętu występującego w przedmiotowym zamówieniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien ustalić warunek doświadczenia w ten sposób, że „dopuszczyć do realizacji zamówienia wykonawców posiadających doświadczenie w dostawie radiotelefonów jakiegokolwiek klasy ale fonicznych VHF oraz, łącznie, doświadczenie w dostawie radiotelefonów konkretnej klasy o danej wartości”, wówczas Odwołujący również spełniałby warunki udziału w postępowaniu i mógłby złożyć ofertę.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania podniósł, że określone przez niego warunki udziału w postępowaniu (pkt. VI SIWZ) wyrażone w zobowiązaniu wykonawców do wykazania się doświadczeniem w „dostawach radiotelefonów (stacji) bazowych przeznaczonych do analogowej transmisji mowy w paśmie VHF” o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto co do każdej z czterech części przedmiotu zamówienia z osobna, było podyktowane tym, aby wykonawcy biorący udział w przetargu dawali gwarancję należytego, prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko dostawa radiotelefonów analogowych w paśmie VHF, co wynika z wymagań techniczno-funkcjonalnych (załącznik nr 1 SIWZ), ale również ich instalacja, uruchomienie wraz z osprzętem i oprogramowaniem, serwisowanie i szkolenia obsługi (pkt. IV SIWZ). Zdaniem Zamawiającego, terminowość i powodzenie wykonania tak złożonego zamówienia może gwarantować wyłącznie taki wykonawca, który posiada stosowne doświadczenie w systemach analogowych, adekwatnych do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł również brak interesu prawnego Odwołującego w żądaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w całości, ponieważ Odwołujący jest w stanie wykazać się żądanym doświadczeniem w dwóch z

czterech części zamówienia, tj. części 2 (radiotelefony przewoźne) i części 3 (radiotelefony noszone), na co sam Zamawiający wystawił MAW Telecom SRP Sp. z o.o. referencje. Na dowód powyższego twierdzenia, złożył do akt postępowania dokumenty referencyjne wystawione w dniu 14.02.2008r.

Odwołujący, wnosząc o uwzględnieniem odwołania podniósł, że w jego ocenie warunki udziału w postępowaniu zostały w sposób niedozwolony rozszerzone o parametry techniczne dotyczące samego przedmiotu zamówienia, tj. zakres częstotliwości - VHF, rodzaj sygnału użytecznego –mowa ludzka i rodzaj układu elektronicznego – analogowy. W ocenie Odwołującego parametry te zostały „wyjęte” z opisu przedmiotu zamówienia co powoduje, że na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia można wykazać się wyłącznie dostawami identycznymi, a nie tego samego rodzaju. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zastosował tym samym rozszerzającą wykładnię art. 25 ust 2 Pzp., czym naruszył ustawę.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie podlega oddaleniu w całości.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 Pzp nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, w szczególności w treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Jak wynika z treści ogłoszenia pkt. III.2.3 oraz treści SIWZ pkt. VI ppkt. 1 warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił osobno do każdej z czterech części przedmiotu zamówienia: na radiotelefony (stacje) bazowe, radiotelefony przewoźne, radiotelefony noszone i radiotelefony retransmisyjne. Zgodnie z określonymi w tych dokumentach warunkami wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, w tym należycie wykonać co najmniej jedną dostawą odpowiednio do każdej części zamówienia, o wartości co najmniej 1.000.000 zł. brutto, przy czym „przez dostawę odpowiadającą rodzajowi zamówienia Zamawiający rozumie dostawę radiotelefonów (stacji) bazowych przeznaczonych do analogowej transmisji mowy w paśmie VHF” (pkt. VI 1a. SIWZ). Analogiczny zapis zamieszczono do pozostałych trzech części zamówienia, tj. do radiotelefonów przewoźnych, radiotelefonów noszonych i radiotelefonów retransmisyjnych.

Z przywołanych zapisów nie wynika, jakoby Zamawiający wprowadził do warunków udziału w postępowaniu parametry szczególne, zawarte w wymaganiach techniczno-funkcjonalnych opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 SIWZ), na co powołuje się strona odwołująca. Wymagania techniczno – funkcjonalne zamieszczone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zawierają znacznie więcej rozszerzeń, zarówno w zakresie zakresu częstotliwości, modulacji, jak również wprowadzają inne parametry, które nie zostały zamieszczone w warunkach udziału - w zakresie wykazania się doświadczeniem. Tym samym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu, w miejsce wykazania się przez wykonawców podobnymi rodzajowo dostawami, zamieścił wymóg identycznych dostaw. W ocenie Izby taka wykładnia SIWZ w zakresie pkt. VI „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” jest sprzeczna z ustalonym stanem faktycznym, jako taka nieuprawniona.

Z dyspozycji art. 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp wynika, że Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zobowiązany do określenia, w sposób możliwie szczegółowy, warunków udziału wykonawców i oceny spełnienia tych warunków. Precyzyjne określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, z uwagi na bezwzględny obowiązek

wyeliminowania z postępowania tych wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału (art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp), jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes Zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Dlatego, nie można odmówić racji zamawiającemu, że warunki udziału w postępowaniu (w szczególności w zakresie doświadczenia wykonawców) muszą korelować z przedmiotem zamówienia. W rzeczywistości zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu posługując się różnymi określeniami, o ile jest to niezbędne do jasnego, precyzyjnego określenia warunku. Zamawiający nie musi zatem ograniczać się do zacytowania konkretnego przepisu ustawy, czy rozporządzenia, np. § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Może zatem doprecyzować, co rozumie przez „dostawy odpowiadające swoim rodzajom dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”. W niniejszym postępowaniu Zamawiający to uczynił. Jednocześnie, przedstawiona przez niego argumentacja na poparcie takiego określenia i doprecyzowania warunku udziału, w ocenie Izby, jest logiczna.

Jedynym ograniczeniem zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu jest to, aby nie były określone w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 Pzp). Chodzi bowiem o zachowanie zasady konkurencyjności, czyli aby o dane zamówienie mogło ubiegać się co najmniej dwóch wykonawców, gdyż wówczas mamy już do czynienia z konkurencją.

Odwołujący zarzucając w niniejszym postępowaniu naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 22 ust. 2 Pzp, poprzez umożliwienie udziału w tej części zamówienia wyłącznie jednemu wykonawcy – firmie Consortia, nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu. Poza tym, z treści środków odwoławczych i stanowiska zajętego na rozprawie głównej można wywnioskować, że zarzut ten dotyczy wyłącznie jednej części zamówienia (stacji bazowych), podczas gdy zamówienie składa się z czterech części. Tymczasem Zamawiający zakwestionował powyższe twierdzenie Odwołującego wskazując, że według jego wiedzy kryteria udziału w postępowaniu w zakresie części zamówienia dot. stacji bazowych spełnia na rynku polskim kilka podmiotów, w tym trzy firmy znane mu z nazwy. Ponadto podniósł, że o przedmiotowe zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy z całego terytorium Unii Europejskiej, nie tylko przedsiębiorcy krajowi. W tym stanie faktycznym, stosownie do reguły z art. 6 kpc, to na Odwołującym ciążył dowód wykazania naruszenia zasad uczciwej konkurencji i określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dowodu na poparcie twierdzenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wyłącznie przez jeden podmiot, tym samym naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, Odwołujący nie przeprowadził.

Wobec powyższego, za nie udowodniony uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego normy z art. 22 ust. 2 Pzp. i art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 1 Pzp orzeczono jak w pkt. I wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Lublinie

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....