

Sygn. akt: KIO/UZP 14/10

WYROK
z dnia 12 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STEKOP Spółkę Akcyjną, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **2 Bazę Materiałowo-Techniczną, 99-300 Kutno, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą** protestu z dnia 16 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **STEKOP Spółkę Akcyjną, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **STEKOP Spółkę Akcyjną, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **STEKOP Spółkę Akcyjną, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9** na rzecz **2 Bazy Materiałowo-Technicznej, 99-300 Kutno, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STEKOP Spółkę Akcyjną, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9**

Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Baza Materiałowo-Techniczna, 99-300 Kutno, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę fizyczną kompleksu wojskowego 2BMT Kutno.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 16 grudnia 2009 roku wykonawca STEKOP S.A., 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9 wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Atos” i zatrzymaniu wadium wniesionego przez protestującego oraz zarzucił zamawiającemu naruszenie Rozdziału XVII SIWZ.

W uzasadnieniu wskazał, że dokumenty wymagane rozdziałem XVII SIWZ przekazał w dniu 15 grudnia 2009 roku przedstawicielowi zamawiającego, który nie wniósł żadnych zastrzeżeń do złożonych dokumentów. Dokumenty te zostały złożone na ręce uprawnionej osoby, która mogła ocenić złożone dokumenty i wnieść uwagi.

Ponadto protestujący wskazał, że SIWZ w Rozdziale XVII pkt 1, na który powołuje się zamawiający nie stanowi, że pozwolenie ma być „dla 2 radiostacji bazowych”. Złożone przez protestującego pozwolenie radiowe obejmuje swoim zasięgiem teren całej Polski, więc obejmuje również siedzibę zamawiającego.

Protestujący wskazał, że SIWZ w Rozdziale XVII nie przewidywała złożenia harmonogramu wykonywania usług przez grupę interwencyjną. Przekazany został harmonogram zawierający pracowników ochrony realizujących ochronę na terenie jednostki, a nie wykaz osób z zewnątrz. Zgodnie z Rozdz. I ust. 1 pkt 6 SIWZ działanie grupy interwencyjnej ma być doraźne, a SIWZ wyraźnie wskazuje, że ma to być grupa zewnętrzna. Na tym terenie protestujący posiada kilka grup interwencyjnych i nie jest możliwe precyzyjne wskazanie, która grupa interwencyjna zostanie skierowana do wsparcia ochrony jednostki, gdyż nie jest możliwe przewidzenie, kiedy taka grupa zostanie wezwana.

Protestujący wskazał, że Rozdział XVII SIWZ nie wymagał złożenia podpisanego grafiku dyżurów. Gdyby miał być podpisany, to – tak jak wymagał tego pkt 1 Rozdział XVII SIWZ w przypadku pozwolenia radiowego – zostałyby podpisany.

Tym samym stanowisko zamawiającego, iż protestujący uchyla się od zawarcia umowy, należy uznać za bezpodstawne. Protestujący zażądał wyznaczenia terminu podpisania umowy i uchylecia czynności wyboru oferty „Atos” oraz czynności zatrzymania wadium.

Pismem z dnia 21 grudnia 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podniósł, że wymagane dokumenty zostały złożone na ręce pracownika Kancelarii Tajnej zamawiającego, którego to obowiązkiem jest jedynie zarejestrowanie dokumentu jako „przychodzącego” do Bazy. Pracownik Kancelarii Tajnej nie jest zatem uprawnioną osobą, która mogłaby ocenić złożone dokumenty i wnieść do nich uwagi.

Ponadto zamawiający wskazał, iż na tym etapie postępowania przetargowego (po wyborze oferty - przed zawarciem umowy) nie ma zastosowania procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż czynności uzupełnienia dokumentów dotyczą etapu przed wyborem najkorzystniejszej oferty, natomiast w przedmiotowym postępowaniu ocena ofert na podstawie złożonych dokumentów została już dokonana.

Zamawiający wymagał, aby pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości było wystawione na teren objęty przedmiotem zamówienia, tj. dla: 2 Bazy Materiałowo-Technicznej, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno. Fakt, iż protestujący posiada pozwolenie radiowe na teren całego kraju nie jest jednoznaczny z posiadaniem pozwolenia radiowego na teren objęty przedmiotem zamówienia. Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez zamawiającego z Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej UKE), tj. organu wydającego ww. pozwolenia - pozwolenie radiowe posiada rezerwację częstotliwości na konkretny obszar, zgodnie z administracyjnym podziałem kraju, na którym będzie wykorzystywany. Z uzyskanej od UKE odpowiedzi wynika, iż nie protestujący nie posiada takiego pozwolenia,.

Zamawiający wymagał złożenia harmonogramu wykonywania usług ochrony ze wskazaniem imiennie pracowników na danej zmianie (w tym również dla grupy interwencyjnej). Protestujący w wymaganym terminie złożył „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, w którym ujął osoby z grupy interwencyjnej, natomiast nie ujął już ich w grafiku dyżurów, przez co wywnioskować można, że nie zapewnia działania grupy interwencyjnej w miesiącu styczniu 2010r. Protestujący twierdzi, iż w obrębie 2BMT Kutno posiada kilka grup interwencyjnych i nie ma możliwości precyzyjnego wskazania, która grupa interwencyjna zostanie skierowana do wsparcia ochrony jednostki. Według zamawiającego taka sytuacja nie może mieć miejsca, gdyż Zamawiający musi posiadać wiedzę, czy osoby wjeżdżające na teren Bazy posiadają odpowiednie uprawnienia.

Zamawiający podniósł, że każdy dokument złożony w postępowaniu przetargowym winien być podpisany przez uprawnioną osobę, gdyż stanowi on oświadczenie woli podmiotu. Argument, iż zamawiający nie wymagał w rozdz. XVII SIWZ złożenia podpisanego grafiku dyżurów nie jest trafny - wobec zasady pisemności obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszelkie oświadczenia, wnioski oraz inne dokumenty

składane w postępowaniu muszą być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania tego podmiotu.

Wobec powyższego zamawiający uznał, że protestujący uchyla się od zawarcia umowy i zastosował procedurę przewidzianą w art. 94 ust. 2 oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu odwołujący się wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego bezzasadne zastosowanie wobec uznania, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie odwołującego się, pomimo spełnienia przez odwołującego się wszelkich warunków wymaganych ustawą, przepisami wykonawczymi i SIWZ,
- 2) art. 94 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, tj. przyjęcie, że Odwołujący się uchyla się od zawarcia umowy.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wezwania Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. do zapłaty wadium i nakazanie zamawiającemu dokonania zwrotu wadium,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty „Atos” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny,
- 3) wyznaczenia terminu zawarcia umowy

oraz zasądzenie na rzecz odwołującego się kosztów podpisania według norm przepisanych.

Odwołujący się podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Podniósł ponadto, że pozwolenie radiowe dla radiostacji bazowych wydawane jest przez Urzędu Komunikacji Elektronicznej na wniosek zainteresowanego przedmiotu. Do wniosku należy dołączyć projekt techniczno-organizacyjny dyspozytorskiej sieci radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej, który określa założenia ogólne, w tym w szczególności miejsce konkretnej lokalizacji radiostacji bazowej, parametry techniczno-eksploatacyjne radiostacji bazowych, rodzaj urządzeń, adres, a ponadto ustalenia techniczne, zasięg i lokalizację. Stwierdził, że nie mając tytułu prawnego do zainstalowania stacji bazowej na terenie bazy jednostki wojskowej oraz szczegółowych informacji dotyczących dokładnej lokalizacji radiostacji bazowej wykonawca nie ma możliwości prawidłowego przygotowania wniosku o takie pozwolenie. Zatem wymaganie od wybranego wykonawcy przedstawienia przed zawarciem umowy powyżej opisanego pozwolenia radiowego dla radiostacji bazowej jest nieracjonalne. Wykonawca bowiem przed powzięciem informacji o wyborze oferty i zawarciem umowy nie

ma możliwości uzyskania takiego pozwolenia. Taką możliwość posiada wyłącznie wykonawca realizujący obecnie zamówienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem I ust. 4 SIWZ usługa będąca przedmiotem zamówienia winna być realizowana całodobowo, przez co najmniej 9 pracowników ochrony fizycznej na jednej zmianie (uwzględniając w tym: dowódcę zmiany oraz 2 osoby z grupy interwencyjnej zewnętrznej).

Zamawiający w SIWZ w Rozdziale I ust. 8 pkt 15 i 16 zawarł następujący warunek udziału w postępowaniu:

15. „Wykonawca musi dysponować urządzeniami radiowymi pracującymi w radiokomunikacji ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego w ilości co najmniej 7 sztuk, w tym:

- a) 5 radiostacji przenośnych o mocy promieniowania nadajnika min. 1W oraz
- b) 2 radiostacje bazowe o mocy promieniowania nadajnika min. 5W znajdujące się na terenie 2 Bazy Materiałowo-Technicznej, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno w budynku nr 1 i budynku nr 2.

16. Wykonawca musi posiadać pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych i nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości na teren objęty przedmiotem zamówienia, tj. dla 2 Bazy Materiałowo-Technicznej, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno”

Następnie, w Rozdziale XVII SIWZ zamawiający poinformował, że warunkiem zawarcia umowy z wybranym wykonawcą będzie złożenie w terminie nie krótszym niż 4 dni przed jej podpisaniem:

- 1) kserokopii poświadczonej adnotacją „za zgodność z oryginałem” i opatrzonej pieczęcią oraz podpisem osoby upoważnionej do reprezentowania firmy pozwolenia radiowego na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości na teren objęty przedmiotem zamówienia, tj. dla 2 Bazy Materiałowo-Technicznej, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno(...),
- 4) harmonogramu wykonywania usług ochrony ze wskazaniem imiennie pracowników na danej zmianie – na pierwszy miesiąc przedmiotowej usługi”.

Pismem z dnia 9 grudnia 2009 roku zamawiający zaprosił odwołującego się do podpisania umowy. W piśmie zaznaczył, że warunkiem zawarcia umowy jest złożenie w

terminie nie krótszym niż 4 dni przed jej podpisaniem dokumentów wymaganych rozdz. XVII siwz.

W dniu 15 grudnia 2009 roku odwołujący złożył zamawiającemu dokumenty, w tym pozwolenie radiowe RRL/B/A/0784/2009 ważne do dnia 31 grudnia 2018 roku. Pozwolenie dotyczy używania radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego. Warunki wykorzystywania częstotliwości oraz rodzaj i cechy identyfikacyjne urządzeń radiowych zostały określone w załączniku do pozwolenia, stanowiącym jego integralną część. Z załącznika wynika, że warunkami wykorzystywania częstotliwości są parametry techniczno-eksploatacyjne stacji ruchomych na obszarze całego kraju.

Ponadto w odwołujący się przekazał Grafik dyżurów, na którym brak jest podpisu osób działających w imieniu odwołującego się. W grafiku nie zostały ujęte osoby z grupy interwencyjnej.

Pismem z dnia 16 grudnia 2009 roku zamawiający poinformował odwołującego się, iż w związku z nie dostarczeniem w wymaganym terminie odpowiednich dokumentów warunkujących podpisanie umowy w przedmiotowym postępowaniu zamawiający stwierdził, iż odwołujący uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przekazanych dokumentów wynika bowiem, że:

- odwołujący się nie posiada pozwolenia radiowego na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego zawierającego ustalone warunki wykorzystywania częstotliwości dla 2 radiostacji bazowych na teren objęty przedmiotem zamówienia, tj. dla 2 Bazy Materiałowo-Technicznej, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno,
- odwołujący się nie złożył harmonogramu wykonywania usług ochrony przez grupę interwencyjną na danej zmianie na pierwszy miesiąc przedmiotowej usługi,
- przedstawiony grafik dyżurów osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia nie został podpisany.

Zamawiający poinformował odwołującego się, że zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp zatrzymuje wadium wniesione przez odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 18 grudnia 2009 roku skierowanym do zamawiającego Urząd Komunikacji Elektronicznej Delegatura w Łodzi, odpowiadając na „Wniosek o udostępnienie informacji publicznej” z dnia 17 grudnia 2009 roku stwierdził, że STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa nie posiada ważnych pozwoleń radiowych na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych pracujących w radiokomunikacji ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego z warunkami wykorzystania częstotliwości dla:

- a) 5 radiostacji przenośnych o mocy promieniowania nadajnika min. 1W,

- b) 2 radiostacji bazowych o mocy promieniowania nadajnika min. 5W, znajdujących się na terenie 2 Bazy Materiałowo-Technicznej w Kutnie u. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno.

Ponadto UKE poinformował, że wyżej wymieniony podmiot posiada ważne pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z warunkami wykorzystywania częstotliwości zezwalającymi na wykorzystanie wyłącznie 5 (pięciu) stacji noszonych na obszarze całego kraju.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do braku interesu prawnego odwołującego się uprawniającego do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Artykuł 1 ust. 3 dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty (*vide: Aleksandra Sołtysińska Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Zakamycze 2006 str. 774*).

Używanie radiokomunikacyjnych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych pracujących w sieciach radiokomunikacji ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wymaga, zgodnie z art. 143 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), posiadania pozwolenia radiowego.

Pozwolenie wydaje Prezes UKE w drodze decyzji.

W myśl art. 145 Prawa telekomunikacyjnego pozwolenie określa:

- 1) uprawniony podmiot oraz jego siedzibę i adres;
- 2) rodzaj, wyróżnik typu oraz nazwę producenta urządzeń radiowych, których dotyczy pozwolenie;
- 3) warunki wykorzystywania częstotliwości;
- 4) warunki używania urządzenia, w szczególności rodzaj służby radiokomunikacyjnej lub sieci telekomunikacyjnej, w której urządzenie może być wykorzystywane;
- 5) okres ważności;
- 6) termin rozpoczęcia wykorzystania częstotliwości;
- 7) zobowiązania, jakie podmiot, któremu przydzielono prawo wykorzystania częstotliwości, przyjął na siebie podczas przetargu albo konkursu, o których mowa w art. 116.

Stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 1 lit. b Prawa telekomunikacyjnego warunki wykorzystywania częstotliwości powinny określać dla urządzenia radiowego naziemnego lub rezerwacji częstotliwości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych za pomocą takich urządzeń lokalizację urządzenia albo obszar jego przemieszczania.

Powyższe wskazuje, że jednym z warunków wykonywania częstotliwości jest albo lokalizacja urządzenia, albo obszar jego przemieszczania. Użycie spójnika „albo” (alternatywy), świadczy o tym, iż w stosunku do jednego urządzenia może być wskazana bądź jego stała lokalizacja, skonkretyzowana wskazaniem adresu, gdzie urządzenie znajduje się bądź ma się znajdować, bądź też obszar jego działania oznaczony na ogół jako obszar geograficzny (województwo, kraj itp.). Stała lokalizacja dotyczy więc urządzenia bazowego, zaś obszar działania – urządzenia przenośnego.

Odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu dowodził, że zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, iż pozwolenie radiowe wymagane od wykonawcy ma dotyczyć dwóch stacji bazowych na teren objęty przedmiotem zamówienia, tj. dla 2 Bazy Materiałowo-Technicznej, ul. Bohaterów Walk nad Bzurą, 99-300 Kutno. Złożone przez odwołującego się pozwolenie obejmuje obszarem działania cały kraj, w związku z tym, w jego ocenie, oczywistym jest, że obejmuje również teren 2 Bazy Materiałowo-Technicznej.

Argumentację odwołującego się należy uznać za bezpodstawną. Zamawiający wymagał bowiem, by złożone pozwolenie radiowe dotyczyło terenu wskazanego podanym adresem, czyli lokalizacji urządzeń i takie pozwolenie radiowe powinien posiadać odwołujący się. Logicznym jest stwierdzenie, iż żądane pozwolenie dotyczyłoby stacji bazowych, gdyż tylko takie – jak to wyżej wyjaśniono – wymaga wskazania lokalizacji.

Złożone przez odwołującego się pozwolenie zawiera wyłącznie obszar działania (cały kraj), co oznacza, że dotyczy wyłącznie urządzeń przenośnych. Ponadto zgodnie z pismem UKE z dnia 18 grudnia 2009 roku odwołujący się nie posiada ważnych pozwoleń radiowych wymaganych przez zamawiającego.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów stwierdzić należy, iż:

- brak podpisu osoby uprawnionej do reprezentacji odwołującego się na grafiku dyżurów nie jest, ocenie Izby, podstawą do stwierdzenia, że odwołujący się uchylał się od zawarcia umowy. Oczywistym jest, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzi się z zachowaniem zasady pisemności, jednakże – zauważyć należy, iż zgodnie z art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego, mającego zastosowanie na podstawie art. 14 ustawy Pzp, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Takim przepisem jest np. art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, który wymaga złożenia oferty w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Grafiki dyżurów nie był częścią oferty odwołującego się, tym samym zamawiający bezpodstawnie uznał ten dokument za wadliwy;

- pominięcie pracowników grupy interwencyjnej w harmonogramie uzasadnione jest specyfiką usług wykonywanych przez grupę interwencyjną. Grupa interwencyjna wzywana będzie bowiem w wyjątkowych sytuacjach, w przypadku zagrożenia obiektu. Odwołujący się słusznie podniósł, iż w przypadku zaistnienia potrzeby podjęcia działań przez grupę interwencyjną, do chronionego obiektu wysłana byłaby ta z grup, która w najkrótszym czasie dotrze do chronionego obiektu. Pominięcie pracowników grupy interwencyjnej nie stanowi w ocenie Izby podstaw do stwierdzenia, że odwołujący się uchyla się od zawarcia umowy.

Jednakże, wobec stwierdzenia, iż odwołujący się nie posiadał wymaganego pozwolenia radiowego, wskazane wyżej uchybienia zamawiającego nie mają wpływu na rozstrzygnięcie odwołania.

Odnosząc się do bezpodstawnego, zdaniem odwołującego się zatrzymania wadium przez zamawiającego Izba stwierdziła, że zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 1a Pzp Izba uwzględni odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny

lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Brak jest jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania - wyborem oferty najkorzystniejszej a czynnością zatrzymania wadium.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zatrzymanie wadium nie może być przedmiotem zarzutów protestu, a w konsekwencji jako zarzut odwołania podlegać rozpatrywaniu przez Izbę. Przedmiotem orzeczenia Izby mogą być wyłącznie działania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Zatrzymanie wadium nie ma charakteru samoistnego, lecz stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter akcesoryjny, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi jej skutek - czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Środki ochrony prawnej stosownie do przywołanego wcześniej art. 180 ust. 1 Pzp przysługują od czynności zamawiającego lub zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, nie zaś wobec konsekwencji czynności lub zaniechania zamawiającego, w okolicznościach sprawy działań podjętych na skutek wykonania czynności wykluczenia.

Podnieść też należy, że skutek w postaci zatrzymania wadium nie następuje automatycznie, gdyż art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp wymaga, aby okoliczności tam wskazane wynikały z przyczyn zawinionych przez. Wina, o której mówi przywołany przepis, jest pojęciem prawa cywilnego z mocy art. 14 Pzp (*vide*: art. 415 k.c.).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część obrotu gospodarczego, który w swojej istocie ma charakter cywilnoprawny. Charakter cywilnoprawny mają również leżące u podstaw udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej, w jakiej odwołujący się wniósł wadium, stosunki prawne łączące gwaranta z odwołującym się - zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty). Powyższe prowadzi do przyjęcia, że organem właściwym do rozstrzygnięcia kwestii zatrzymanego wadium jest właściwy sąd powszechny.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....