

Sygn. akt: KIO/UZP 1824/09

WYROK
z dnia 7 stycznia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2010r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **G4S Security Sp. z o.o., 00 - 838 Warszawa, ul. Prosta 69** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa Nr 1223, 75-901 Koszalin, ul. 4 - go Marca 5** protestu z dnia 16 listopada 2009r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69**

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 uiszczzonego przez **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69,**
- 2) 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 **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 1223 w Koszalinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa całodobowej ochrony obiektów, mienia i osób.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 listopada 2009 pod nr 2009/S 215 -309989.

Odwołujący - G4S Security Sp. z o. o. wniósł w dniu 16 listopada 2009 roku protest a następnie odwołanie (nadane w placówce operatora publicznego dnia 3 grudnia 2009 roku), w którym zarzucił zamawiającemu wadliwe sporządzenie SIWZ a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia co doprowadziło do nierównego traktowania wszystkich wykonawców i naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz do rażącego naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zamknięcia dostępu do rynku.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający na chwilę składania oferty winien wymagać jedynie oświadczenia obejmującego zobowiązanie do spełnienia warunków określonych w rozdziale III ust. 8 pkt 6 i 7 w chwili rozpoczęcia usługi. Odwołujący wyjaśnił, że posiada pozwolenie radiowe obejmujące terytorium Polski do używania radiotelefonów typu nasobnego, w świetle tego uzyskanie pozwolenia zgodnie z treścią z art. 148 ust. 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800 z późno zm.) jest znacznie ułatwione a decyzja Prezesa UKE w sprawie wydania pozwolenia radiowego na dany teren powinna być podjęta w terminie 6 tygodni od dnia złożenia wniosku. Mając na uwadze powyższe oczywistym jest, iż odwołujący, w przypadku wybrania jego oferty,

posiadać będzie sieć radiową oraz niezbędne pozwolenia, a tym samym spełnione zostaną postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wprowadzenie powyższych postanowień siwz powoduje, w ocenie odwołującego, zawężenie dostępu do rynku, preferuje podmioty już posiadające stosowne pozwolenie na terenie realizacji zamówienia, gdyż pozwolenie na Koszalin posiadają tylko podmioty świadczące usługi lokalne. Takie sformułowanie SIWZ w oczywisty sposób jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, wyklucza podmioty działające poza Koszalinem i naraża je na poniesienie kosztów uzyskania stosownego zezwolenia bez gwarancji jego wykorzystania. Odwołujący jest podmiotem działającym na terenie całego kraju i stosowne pozwolenie na dany obszar działania może uzyskać, jeśli będzie miał pewność co do realizacji zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie orzeczenia obejmującego:

- uchylenie decyzji zamawiającego o oddaleniu protestu;
- nakazanie zmiany rozdziału III ust 8 pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- nakazanie zmiany rozdziału III ust 8 pkt 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

Pismem z dnia 20 listopada 2009 roku zamawiający protest oddalił, wskazując że rozdział III ust. 8 pkt 6,7 nie określa warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków a dotyczy opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienia siwz nie naruszają zapisów ustawy i nie ograniczają dostępu do rynku podmiotom chcącym wziąć udział w postępowaniu i nie ograniczają konkurencji oraz nie są sprzeczne z celem ustawy. Zamawiający wskazał, że w pkt 7 SIWZ dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny tych warunków oraz w pkt 8 dotyczącym wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie wykonawcy mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu żądał od wypełnienia załącznika numer 2 do SIWZ dotyczącego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W oświadczeniu tym wykonawca winien potwierdzić iż: „posiadam/ posiadamy niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiam pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia”.

Ponadto z treści SWIZ jak też umowy wynika, że wymogi te muszą być spełnione przez czas trwania umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła swoje przystąpienie w dniu 17.12.2009 roku Agencja Ochrony Szabel Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w szczególności treści ogłoszenia o zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także biorąc pod uwagę oświadczenia pełnomocników stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 3 Opis przedmiotu zamówienia w pkt 3. 8 podpunkt 6 siwz, zamawiający podał, że: wykonawca zobowiązany jest m.in.: „posiadać sieć radiową typu dyspozytorskiego do zapewnienia łączności radiowej wewnętrznej i zewnętrznej obejmującej rejon realizacji przedmiotu zamówienia.

Wykonawca musi posiadać wydane przez uprawniony podmiot pozwolenie na użytkowanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo - odbiorczych, pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego obejmujących swym zasięgiem rejon realizacji przedmiotu zamówienia".

Dodatkowo w pkt 3.8 podpunkt 7 siwz, zamawiający podał, że: „Wykonawca zobowiązany jest posiadać własne centrum odbiorcze (do którego podłączy istniejący system alarmowy) sprawujący stały dozór sygnałów przesyłanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, otrzymywanych z lokalnego systemu alarmowego, po łączach radiowych. Wykonawca musi posiadać pozwolenie wydane przez uprawniony podmiot na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo - odbiorczych pracujących w sieci monitorowania sygnałów systemów alarmowych obejmujących swym zasięgiem rejon realizacji przedmiotu zamówienia".

W pkt 7 SIWZ dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny tych warunków, oraz w pkt 8 dotyczącym wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie wykonawcy mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty wypełnionego załącznika 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. W załączniku tym zamieszczono oświadczenie o treści „posiadam/ posiadamy niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiam pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia".

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcę Agencja Ochrony "SZABEL" Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że przystąpienie do protestu zostało zgłoszone po upływie 3-dniowego terminu od otrzymania wezwania, a zatem z naruszeniem dyspozycji art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania a odwołujący, jako podmiot kwestionujący postanowienia siwz, które w jego ocenie utrudniają lub uniemożliwiają mu dostęp do przedmiotowego zamówienia, posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza całokształtu postanowień siwz skłania do twierdzenia, że zarzuty odwołującego dotyczące konieczności wykazania się posiadaniem na etapie składania oferty sieci radiowej typu dyspozytorskiego do zapewnienia łączności radiowej wewnętrznej i zewnętrznej obejmującej rejon realizacji przedmiotu zamówienia oraz pozwolenia wydanego przez uprawniony podmiot na użytkowanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo - odbiorczych, pracujących w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego obejmujących swym zasięgiem rejon realizacji przedmiotu zamówienia a także posiadaniem własnego centrum odbiorczego (do którego podłączy istniejący system alarmowy) sprawującego stały dozór sygnałów przesyłanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, otrzymywanych z lokalnego systemu alarmowego, po łączach radiowych i stosowanych pozwoleń na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo - odbiorczych pracujących w sieci monitorowania sygnałów systemów alarmowych obejmujących swym zasięgiem rejon realizacji przedmiotu zamówienia, nie zasługują na uznanie.

Co do zasady należy zgodzić się z odwołującym, że sformułowanie wyżej wskazanych wymogów siwz i nałożenie na wykonawców obowiązku wykazania się już na etapie składania ofert posiadaniem sieci radiowej, centrum dyspozytorskim a przede wszystkim stosownymi pozwoleniami na używanie czy użytkowanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo - odbiorczych, które są wydawane na konkretnie wskazany teren realizacji zamówienia, mogłoby stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji i utrudniać dostęp do zamówienia. Wymóg taki mógłby prowadzić do nieuzasadnionego preferowania podmiotów posiadających już takie pozwolenia na dany obszar działalności i działających na rynku lokalnym, a tym samym uniemożliwiłby lub w znacznym stopniu utrudniłby udział

podmiotom spoza rynku, które takich uprawnień jeszcze nie nabyły ale co do których nie istnieje realna (prawna i faktyczna) przeszkoda co do możliwości uzyskania niezbędnych pozwoleń. Wprowadzenie konieczności wykazania się stosownymi pozwoleniami na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo – odbiorczych już na etapie składania ofert, w sytuacji gdy nie jest znany jeszcze wynik postępowania, stanowiłoby nie tylko utrudnienie dostępu do zamówienia, wykonawcom nie posiadającym takich uprawnień ale narażałoby również wykonawców na zbędne koszty związane z uzyskaniem takich pozwoleń, które mogą okazać się niepotrzebne po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasadnym jest zatem, w ocenie Izby, wymaganie od wykonawców na etapie składania ofert złożenia jedynie oświadczenia o uzyskaniu takich pozwoleń zaś konieczność przedstawienia odpowiednich pozwoleń winna dotyczyć wyłącznie wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Podkreślić należy, że zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp ma prawo żądać jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podkreślić należy, że odwołujący nie kwestionował co do zasady konieczności posiadania sieci radiowej, centrum dyspozytorskiego i odpowiednich pozwoleń wydanych przez upoważnione podmioty. Zarzut odwołującego sprowadza się do konieczności wynikającej, w jego ocenie z postanowień siwz, posiadania stosownych pozwoleń już na etapie składania ofert, co prowadziłoby do preferowania wykonawców działających już na rynku lokalnym i posiadających takie pozwolenia.

Niezależnie od powyższych rozważań, Izba, po analizie treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalonych przez zamawiającego w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne, stwierdziła, że zamawiający nie określił wymogu potwierdzenia czy wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia już na etapie składania ofert posiadaniem sieci radiowej, centrum dyspozytorskim a przede wszystkim nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą stosownych pozwoleń. Okoliczność ta została przyznana zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego w toku rozprawy. Z postanowień siwz wynika, że do obowiązków wykonawcy należy m. in.: posiadanie sieci radiowej typu dyspozytorskiego do zapewnienia łączności radiowej wewnętrznej i zewnętrznej obejmującej rejon realizacji zamówienia wraz ze stosownym pozwoleniem na użytkowanie tych sieci (pkt 3.8 ppkt 6 siwz) oraz posiadanie własnego centrum odbiorczego sprawującego stały dozór sygnałów wraz z pozwoleniem na używanie urządzeń nadawczych lub nadawczo – odbiorczych. Obowiązki te, podobnie jak inne wymienione w pkt 3.8 siwz, wykonawca ma realizować i zapewnić w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Z postanowień siwz, wynika, że na etapie składania ofert wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu jest zobowiązany złożyć jedynie oświadczenie, że spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz, że

posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie i potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Nie wymaga się natomiast od wykonawców na etapie składania ofert załączenia stosownych pozwoleń na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo - odbiorczych a co więcej brak nawet wymogu w siwz co do złożenia oświadczenia o posiadaniu w momencie składania oferty takich pozwoleń. Wykaz dokumentów i oświadczeń, jakie mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy został przez zamawiającego podany w pkt 8 siwz i bezspornym jest, że w kręgu tych dokumentów brak pozwolenia na użytkowanie czy używanie sieci radiowych urządzeń nadawczych czy nadawczo – odbiorczych wydanych przez uprawniony organ czy oświadczenia o posiadaniu takich pozwoleń. Wobec powyższego kwestionowane postanowienia siwz, w ocenie Izby, dopuszczają możliwość wystąpienia przez wykonawcę, biorącego udział w postępowaniu o wydanie stosowanych pozwoleń i uzyskanie ich bezpośrednio przed rozpoczęciem świadczenia usługi czy też przed podpisaniem umowy. Wobec braku określenia wymogu załączenia wraz z ofertą stosownych uprawnień, nie posiadanie w momencie składania oferty przez wykonawcę stosownego pozwolenia na użytkowanie czy używanie radiowych urządzeń nadawczych czy nadawczo – odbiorczych nie może prowadzić do wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, jak również nie może stanowić podstawy do ewentualnego żądania przedłożenia tych dokumentów na etapie oceny ofert.

Wobec powyższego nie zachodzi okoliczność, podnoszona przez odwołującego, co do preferowania wykonawców z rynku lokalnego, którzy posiadają już takie pozwolenia. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uniemożliwiają czy utrudniają złożenia odwołującemu oferty w przedmiotowym postępowaniu, bowiem nie wymagają posiadania stosownych uprawnień do używania czy użytkowania radiowych urządzeń nadawczych czy nadawczo – odbiorczych już na etapie składania oferty.

Z uwagi na fakt, że treść postanowień siwz nie kreuje obowiązku posiadania odpowiednich pozwoleń na etapie składania ofert, zarzut odwołującego jako nie znajdujący potwierdzenia w samej treści siwz, nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....