

Sygn. akt: KIO 2109/10

WYROK
z dnia 8 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ATOS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych, ul. Księcia Bolesława 6, 01-494 Warszawa**

przy udziale **Konsorcjum: Konsalnet Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Konwój Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet System Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ATOS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **ATOS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź.**

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie, ul. Księcia Bolesława 6, 01-494 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na całodobową ochronę fizyczną osób i mienia na terenie obiektów Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych zlokalizowanych w Warszawie przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13, ul. Ostroroga 35A. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

07.08.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 152-235227.

17.09.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum:
 - a) Konsalnet Holding Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,
 - b) Konsalnet Security Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,
 - c) Konsalnet System Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,
 - d) Konsalnet Konwój Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,
 - e) Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie;
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który nie spełnił warunków uczestnictwa w postępowaniu.

24.09.2010 r. wykonawca ATOS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) nie wykluczenie z postępowania wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza i nie uwzględnienie przez zamawiającego przy rozpatrywaniu tej oferty postanowienia zawartego w specyfikacji:
 - a) w rozdziale 2 „Opis przedmiotu zamówienia” – w pkt 2.2.5 lit. I str. 8,
 - b) w rozdziale 4 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” – w pkt 4.1 ppkt A lit. c str. 9,
 - c) w rozdziale 5 „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” – w pkt 5.2 lit. c str. 11;
- 2) zawyżenie przyznanych wybranemu wykonawcy punktów za doświadczenie w pkt 12.2 ppkt 3 str. 18.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 22 ust. 1 Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dot. posiadania uprawnień do wykonywania określonej czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który stanowi że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) wykluczenie z postępowania wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding i odrzucenie tej oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Argumentacja odwołującego

Ad 1.

Przetarg został ogłoszony na stronie internetowej 03.08.2010 r., termin składania ofert upłynął 27.08.2010 r. Przedmiotem zamówienia jest całodobowa ochrona fizyczną osób i mienia na terenie obiektów Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych zlokalizowanych w Warszawie przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13, ul. Ostroroga 35A.

Już w ogłoszeniu o przetargu na stronie 4, zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości radiowych o zasięgu regionalnym obejmujących obiekty zamawiającego przy ul. Ks. Bolesława 6, ul. Kolskiej 13 i ul. Ostroroga 35A.

Następnie zamawiający precyzyjnie określił w specyfikacji następujące wymagania od wykonawców:

- W rozdziale 2 „Opis przedmiotu zamówienia” – w pkt 2.2.5 ppkt 1 (str. 8), wykonawca powinien być wyposażony w urządzenia radiowe, w liczbie co najmniej 9 sztuk (5 szt. radiostacji przenośnych ręcznych, 3 szt. radiostacji bazowych oraz 1 szt. radiostacji mobilnej w przypadku własnego patrolu interwencyjnego) wraz z ważnym pozwoleniem radiowym wydanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na czas trwania umowy.

- W rozdziale 4 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” – w pkt 4.1 ppkt A lit. c (str. 9), zamawiający wskazał, że o

udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada „pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości radiowych o zasięgu regionalnym obejmującym obiekty zamawiającego przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13, ul. Ostroroga 35A, wydane na podstawie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.).

- W rozdziale 5 „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt 5.2 lit. c, zamawiający wymienił dokumenty: „pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości radiowych o zasięgu regionalnym obejmującym obiekty zamawiającego przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13, ul. Ostroroga 35A.

W przetargu złożone zostały dwie oferty, tj. oferta odwołującego i oferta wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding. Pismem z 17.09.2010 r. zamawiający poinformował odwołującego, że za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding, że ofertę tę uznał za ważną i zgodną z treścią specyfikacji, przyznając jej 97,40 punktów na podstawie kryterium ocen.

Oferta odwołującego uzyskała 71,80 punktów.

Po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, odwołujący stwierdził, że wykonawca, którego oferta została wybrana nie załączył do oferty wymaganego przez zamawiającego pozwolenia radiowego.

Wykonawca ten załączył do oferty pozwolenie radiowe nr RRL/B/A/205/2006 wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dla Agencji Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o., w którym to pozwoleniu jest wskazane, że warunki wykorzystywania częstotliwości (wykorzystywane kanały radiowe, dokładna lokalizacja urządzeń objętych pozwoleniem, ich podstawowe parametry techniczne) oraz rodzaj i cechy identyfikacyjne urządzeń radiowych określone zostały w załączniku, a z załącznika wynika, że pozwolenie dotyczy stacji bazowych zlokalizowanych w Warszawie przy ul. Batorego 31 i ul. Dworkowej 1.

W toku postępowania wykonawca złożył jeszcze dwa inne pozwolenia radiowe wydane dla Agencji Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o.: nr RRL/B/F/572/04, z lokalizacją stacji bazowych ul. Batorego 2 i nr RRL/B/F/838/2005 z lokalizacją stacji bazowej ul. Batorego 31.

Zamawiający, pismem z 06.09.2009 r. wezwał przedstawiciela wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding do wyjaśnienia, w jaki sposób zorganizuje system łączności w oparciu o radiostacje bazowe pomiędzy obiektami przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13 i ul. Ostroroga 35A.

W odpowiedzi, pismem z 07.09.2010 r. wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding wyjaśnił zamawiającemu, powołując się wyłącznie na wymagania zawarte na str. 8 specyfikacji tj. w rozdziale dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, że przewiduje, iż we wskazanych obiektach zostaną zainstalowane „radiotelefony stacjonarne, które zapewnią poprawną łączność radiową”, ale nie wyjaśnił czy posiada pozwolenie radiowe na zainstalowanie tych radiotelefonów.

Następnie zamawiający pismem z 14.09.2010 r. wezwał wykonawcę konsorcjum Konsalnet Holding do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu – tj. pozwolenia radiowego na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości radiowych o zasięgu regionalnym obejmującym obiekty zamawiającego przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13, ul. Ostroroga 35A, zgodnie z pkt 5.2 lit. c specyfikacji.

W odpowiedzi z 15.09.2010 r. wezwany wykonawca stwierdził, że wymagany dokument został złożony w ofercie, że zamawiający wymagał, aby pozwolenie radiowe obejmowało swoim zasięgiem regionalnym obiekty zamawiającego, które są położone na terenie Warszawy, że zamawiający nie wymagał, aby na pozwoleniu radiowym, w warunkach częstotliwości były wpisane ww. ulice bądź obiekty, że jego firma posiada pozwolenie radiowe obejmujące cały obszar województwa mazowieckiego, obszar i okolice Warszawy i sam teren Warszawy, zatem przedstawione przez niego pozwolenie spełnia warunek postawiony przez zamawiającego, jako pozwolenie regionalne.

- Dowód: 1. Pismo Zamawiającego z 06.09.2010 r.
2. Pismo Konsorcjum Holding sp. z o.o. z 07.09.2010 r.
3. Pismo Zamawiającego z 14.09.2010 r.
4. Pismo Konsorcjum Holding sp. z o.o. z 15.09.2010 r.

Zamawiający zwrócił się także do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o udzielenie odpowiedzi czy wykonawca Konsalnet Holding sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Przasnyskiej 6A posiada pozwolenie na przydział częstotliwości radiowych dla stacji bazowych przy ul. Ks. Bolesława 6, ul. Kolskiej 13 i ul. Ostroroga 13 [35A]. W odpowiedzi, pismem z 10.09.2010 r. Prezes UKE wyjaśnił, że wykonawcy Konsalnet Holding sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Przasnyskiej 6A nie posiada pozwolenia radiowego z prawem do wykorzystania urządzeń radiowych w stacjach bazowych zlokalizowanych przy ul. Księcia

Bolesława 6, ul. Kolskiej 13 i ul. Ostroroga 35A., zatem zainstalowanie i używanie urządzeń radiowych w stacjach bazowych o nowych lokalizacjach wymaga, zgodnie z art. 143 Prawa telekomunikacyjnego, uzyskania pozwolenia radiowego dla tych lokalizacji. Prezes UKE wskazał też, że wydawane pozwolenia radiowe, zgodnie z art. 145 Prawa telekomunikacyjnego określają m.in. warunki wykorzystania częstotliwości, dokładną lokalizację urządzeń radiowych, których dotyczy pozwolenie, ich podstawowe parametry techniczne, rodzaj i cechy identyfikacyjne urządzeń oraz termin rozpoczęcia wykorzystywania częstotliwości przez urządzenia radiowe objęte pozwoleniem. Podmiot ubiegający się o wydanie pozwolenia radiowego zobowiązany jest do złożenia stosownego wniosku do UKE.

Dowód: 5. Pismo Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 10.09.2010 r.

Z żadnego dokumentu ani wyjaśnienia złożonego przez wykonawcę Konsalnet Holding sp. z o.o. nie wynika, aby którykolwiek z członków konsorcjum ubiegającego się o zamówienie złożyło do UKE stosowny wniosek, choć o konieczności przedstawienia takiego zezwolenia wykonawca ten dowiedział się już 03.08.2010 r. z ogłoszenia o przetargu. Ponadto wykonawca Konsalnet Holding sp. z o.o. nie zwrócił się do zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści postanowień specyfikacji dotyczących pozwolenia radiowego, a następnie w odpowiedzi na pisma zamawiającego upierał się, wbrew przepisom prawa telekomunikacyjnego, że posiadane przez niego pozwolenie jest właściwe i spełnia warunki specyfikacji. Jednocześnie przeczy sam sobie, ponieważ w piśmie z 07.09.2010 r. zapewnia że na wszystkich obiektach zainstaluje sprzęt stacjonarny, ale przecież nie posiada na to zezwolenia.

Z kolei zamawiający, wbrew informacjom uzyskanym z UKE, uznaje za przekonujące wywody wykonawcy Konsalnet Holding sp. z o.o. i ostatecznie stwierdza, że spełnił on warunki przetargu.

Odwolujący wskazuje na sprzeczność ze stanem prawnym twierdzeń wykonawcy Konsalnet Holding sp. z o.o. zawartych w pismach do zamawiającego. Skoro bowiem – jak twierdzi wykonawca Konsalnet Holding sp. z o.o. – wystarczy posiadać pozwolenie radiowe obejmujące cały obszar województwa mazowieckiego, obszar i okolice Warszawy i sam teren Warszawy, co – jak twierdzi – jednocześnie oznacza zasięg regionalny dla lokalizacji określonych przez zamawiającego dla ulic Ks. Bolesława 6, Kolskiej 13 i Ostroroga 35A, to dlaczego UKE wydało na rzecz Agencji Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o. aż trzy pozwolenia, w tym dwa oddzielne pozwolenia na obiekty na tej samej ulicy tylko o innym numerze? Skoro firma ta posiadała pozwolenie wydane 08.10.2004 r., ważne do 2014 r. na lokalizację stacji bazowej przy ul. Batorego 2 w Warszawie, to dlaczego starała się i uzyskała oddzielne pozwolenie w 2006 r. na stację bazową przy ul. Batorego 31? Przecież – jeśli

przyjąć twierdzenia wykonawcy Konsalnet Holding Sp. z o.o., pierwsze z tych pozwoleń obejmowało zasięg regionalny dla innej lokalizacji przy tej samej ulicy. Już sam ten fakt świadczy, że tłumaczenie wykonawcy Konsalnet Holding Sp. z o.o. zawarte w jego pismach do zamawiającego są niezgodne z prawdą i że wykonawca ten doskonale wie, że zamawiający zasadnie żąda pozwolenia radiowego na wskazane w specyfikacji lokalizacje.

W ocenie i według wiedzy oraz doświadczenia odwołującego, utwierdzonego przez pismo Prezesa UKE oraz przepisy prawa telekomunikacyjnego, pozwolenie radiowe na stacje bazowe musi dotyczyć konkretnych lokalizacji wskazanych właśnie przez dokładne adresy. Posiadanie pozwolenia radiowego z lokalizacją stacji bazowych w innych miejscach Warszawy – jak to jest w przypadku wykonawcy, który został wybrany w przetargu – nie pozwala zorganizować bezpośredniej łączności pomiędzy obiektami wskazanymi w specyfikacji tj. przy ul. Ks. Bolesława 6, ul. Kolskiej 13 i ul. Ostroroga 35A.

Zorganizowanie łączności dla obiektów wymienionych przez zamawiającego, w oparciu o posiadane przez wykonawcę Konsalnet Holding Sp. z o.o. pozwolenie na stacje bazowe zainstalowane np. przy ul. Batorego 31 czy w innych miejscach w Warszawie zgodnie z przedstawionym przez tego wykonawcę pozwoleniem radiowym, jest technicznie niewykonalne, gdyż pracownik ochrony pełniący służbę przy ul. Ks. Bolesława 6 i ul. Kolskiej 13, musi mieć radiotelefon na tym właśnie posterunku, aby móc łączyć się (meldować o zaistniałych zdarzeniach, sytuacjach niebezpiecznych zagrażających zdrowiu i życiu, o stanie ochranianego obiektu, wzywać pomoc itd.) z dowódcą zmiany na obiekcie przy ul. Ks. Bolesława. Gdyby pracownik ochrony miał do dyspozycji stację bazową zlokalizowaną na innym obiekcie, choćby w pobliżu, musiałby opuścić chroniony obiekt, udać się do tej stacji bazowej i nawiązać łączność z dowódcą zmiany i odwrotnie. Zatem jest to niewykonalne i absurdalne gdyż pracownikom ochrony nie wolno opuszczać miejsca pełnienia służby. Zatem jest oczywiste, że kontaktowanie się wartowników pomiędzy obiektami muszą być prowadzone z miejsca, w którym pełnią oni służbę i w którym jest zainstalowana stacja bazowa. Zatem wykonawca musi zainstalować stacje bazowe w obiektach wskazanych przez zamawiającego – a do tego musi posiadać pozwolenie radiowe właśnie konkretnie na te obiekty.

W tym stanie faktycznym, wykonawca, którego oferta została wybrana, nie spełnił warunków udziału w przetargu, ponieważ nie przedstawił stosownego pozwolenia radiowego i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp powinien zostać przez zamawiającego wykluczony z postępowania.

Przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. W ocenie odwołującego zamawiający naruszył ww. przepis, ponieważ dokonując wyboru oferty zignorował własne warunki określone precyzyjnie w specyfikacji.

Odwołującego wskazał na przepis art. 29 ust. 1 Pzp, w którym ustawodawca nakazuje aby przedmiot zamówienia opisać w sposób jednoznaczny, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto w art. 38 ust. 4 Pzp ustawodawca wskazał, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może, przed upływem terminu składania ofert, zmienić treść specyfikacji.

Takiej zmiany zamawiający nie dokonał, a wskazane w specyfikacji wymagania dotyczące pozwolenia radiowego dla stacji bazowych w trzech konkretnych obiektach, są jednoznaczne i nie mogą budzić żadnych wątpliwości co do rodzaju koniecznych dokumentów, które należało załączyć do oferty.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z wykładnią art. 22 ust. 1 Pzp zawartą w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych (Komentarz Wyd. C.H. Beck Warszawa 2009) str. 254 i nast. przedstawione w tym przepisie warunki, to właściwości wykonawcy, które musi on posiadać, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad 2.

Odwołujący zarzuca ponadto, że zamawiający zawyżył liczbę punktów przyznanych wybranemu wykonawcy za wykazane doświadczenie. Wykonawcy konsorcjum Konsalnet wskazał jedną usługę jako warunkującą udział w postępowaniu, świadczoną dla JW. 1156 w Poznaniu oraz pięć dodatkowych usług, w tym ponownie wymienił JW. 1156. Z pozostałych czterech, zakończonych do 31.12.2009 r., usługach świadczonych dla różnych jednostek wojskowych, dla trzech zostały załączone referencje wydane w trakcie trwania usług zamiast po zakończeniu, a do jednej w ogóle referencji nie załączono. Skoro usługi zostały zakończone wykonawca powinien przedstawić referencje wydane po zakończeniu, ponieważ tylko takie świadczą o należyтым wykonaniu usługi i takie są wymagane w specyfikacji na str. 18. Pomimo tego, przy ocenie złożonych ofert, w kryterium „doświadczenie” zamawiający uznał wszystkie 5 usług i przyznał temu wykonawcy, w kryterium „doświadczenie” najwyższą liczbę punktów tj. 15, ignorując tym samym własne postanowienia zawarte w specyfikacji.

W związku z powyższym, odwołujący wnosi o uwzględnienie zawartych w odwołaniu zarzutów, wykluczenie wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding, odrzucenie oferty tego wykonawcy i powtórzenie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty.

24.09.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

24.09.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

27.09.2010 r. wykonawca konsorcjum Konsalnet Holding z siedzibą w Warszawie złożył:

(1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego w postaci wypełnionego przykładowo „Formularza o wydanie pozwolenia radiowego [...]” w celu zobrazowania łatwości ubiegania się o pozwolenie radiowe – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r., na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący nie musi wykazywać interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Natomiast musi legitymować się interesem w uzyskaniu zamówienia oraz wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Brak wskazania, iż chodzi o interes prawny, pozwala na sformułowanie tezy, iż do wniesienia odwołania wystarczające jest posiadanie interesu faktycznego. Należy jednak zwrócić uwagę, że szeroko rozumiany interes nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę (rozumianej wyłącznie jako szkoda majątkowa, a więc nie obejmującej krzywdy, stanowiącej szkodę niemajątkową) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (opracowanie – „Legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, przystąpienie, opozycja” Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r. pod redakcją Jacka Sadowego).

Na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp Izba uznała, że odwołujący legitymuje się interesem wnosząc odwołanie, gdyż została wybrana oferta z wyższą ceną, przy jedynym kryterium oceny ofert – cenie. Legitymacja w zakresie interesu dotyczy wyboru innej oferty niż oferta odwołującego.

W zakresie pierwszego zarzutu – zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum Konsalnet Holding, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza i nie uwzględnienie przez zamawiającego przy rozpatrywaniu tej oferty postanowień zawartych w pkt 2.2.5 lit. I na str. 8, pkt 4.1 ppkt A lit. c str. 9 i pkt 5.2 lit. c str. 11 specyfikacji – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Zamawiający opisał w pkt 2.2.5 lit. I str. 8 specyfikacji dodatkowe wymaganie związane z realizacją przedmiotu zamówienia cyt. »Wykonawca powinien być wyposażony w urządzenia radiowe, w ilości co najmniej 9 sztuk (5 szt. radiostacji przenośnych ręcznych, 3 szt. radiostacji bazowych oraz 1 szt. radiostacji mobilnej w przypadku własnego patrolu interwencyjnego) wraz z ważnym pozwoleniem radiowym wydanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (na czas trwania umowy)«.

Jednak z tego wymogu specyfikacji nie wynika aby wykonawca miał obowiązek wykazania w ofercie posiadania tych urządzeń.

Natomiast w pkt 4.1.A lit. c str. 9 specyfikacji zamawiający sformułował warunek posiadania odpowiedniego pozwolenia radiowego, a w pkt 5.2 lit. c str. 11 specyfikacji zamawiający wskazał jaki dokument musi zostać złożony w ofercie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 4.1.A lit. c specyfikacji, cyt. »W celu potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 4.1.A SIWZ do oferty należy załączyć następujące dokumenty: (c) pozwolenie radiowe na używanie radiowych urządzeń nadawczych lub nadawczo-odbiorczych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z ustaleniem warunków wykorzystania częstotliwości radiowych o zasięgu regionalnym obejmującym obiekty zamawiającego przy ul. Księcia Bolesława 6, ul. Kolskiej 13, ul. Ostroroga 35A, wydane na podstawie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.)«.

Z postanowienia tego wynika, że zamawiający żądał złożenia w ofercie pozwolenia radiowego o zasięgu regionalnym obejmującym obiekty zamawiającego. Wykonawca konsorcjum Konsalnet złożył w ofercie pozwolenie radiowe nr RRL/B/A/205/2006 z 27.12.2006 r. ważne do 30 listopada 2016 r.

Zamawiający podczas badania ofert zwrócił się 01.09.2010 r. do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) z pytaniem czy wykonawca konsorcjum Konsalnet posiada właściwe pozwolenie. Prezes UKE w odpowiedzi wystosowanej 02.09.2010 r. stwierdził cyt. »Jednocześnie informuję, że na podane w piśmie lokalizacje stacji bazowych przy ul. Ks. Bolesława 6, ul. Ostroroga 35A i ul. Kolskiej 13, spółka nie posiada pozwolenia radiowego. Należy jednak zaznaczyć, że ulice te znajdują się w zasięgu użytecznym stacji bazowych, na które spółka posiada ww. pozwolenie radiowe«.

Na tej podstawie oraz dodatkowych wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę 07 i 15.09.2010 r. w reakcji na pisma zamawiającego wystosowane 06 i 14.09.2010 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca spełnił kwestionowany warunek udziału w postępowaniu.

Natomiast pismo Prezesa UKE wskazane przez odwołującego nie dotyczy rozpoznawanej kwestii pozwolenia radiowego o zasięgu regionalnym.

Z przytoczonych wyżej powodów, pierwszy zarzut odwołującego nie może być uwzględniony przez skład orzekający Izby.

W zakresie drugiego zarzutu – zawyżenie przyznanych punktów wybranemu wykonawcy za doświadczenie określone w rozdziale 12.2 pkt 3 str. 18 – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Zamawiający ustanowił w pkt 12.2 str. 18 specyfikacji trzy kryteria oceny ofert: (1) kryterium cena usług ochrony: waga 80%, (2) kryterium cena usług konwojowania: waga 5%, (3) kryterium doświadczenie wykonawcy: waga 15%.

W niekwestionowanych przez odwołującego kryteriach pierwszym i drugim, oferta wybrana jako najkorzystniejsza wykonawcy konsorcjum Konsalnet otrzymała $80 + 2,4 = 82,4$ punktu, a oferta odwołującego otrzymała $60,8 + 5 = 65,8$ punktu.

W trzecim kryterium, doświadczenie wykonawcy, zamawiający nie zakazał wykonawcom wykazywania tych samych usług, które wykonawcy wskazali w celu wykazania spełnienia warunku. Dlatego wykonawcy mogli dwukrotnie powoływać się na wykonane usługi. Jest to ponadto zgodne z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) i nie narusza przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że przynajmniej jedna z kwestionowanych usług została wykazana przez przystępującego i została uznana przez zamawiającego jako prawidłowa. Zatem nie ma możliwości aby zmieniła się na tyle liczba punktów przyznanych ofertom, aby zmieniła się kolejność w rankingu ofert. Wobec tego, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, który brzmi: »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«, Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego, gdyż naruszenie przepisów przez zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodu złożonego przez odwołującego na okoliczność łatwości wystąpienia o wydanie pozwolenie radiowego, gdyż dowód dotyczył kwestii wykraczających poza zakres odwołania, a przepis art. 192 ust. 7 brzmi: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”

Z powyższych względów nie uwzględniono odwołania, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....