Sygn. akt: KIO 213/17

WYROK
z dnia 13 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez wykonawcę Polis Security Group Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 111, 00-102 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez 21 Baza Lotnictwa Taktycznego, 78-301 Świdwin, ul. Połczyńska 32

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Agencja Ochrony „Szabel" Sp. z o.o., Firma Ochrona Mienia DISCRETIO Sp. z o.o., UNIA Sp. z o.o., UNIA PLUS Sp. z o.o. T. B. Agencja Ochrony osób i mienia „TOM", ul. Kazimierza 55, 01-267 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 213/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego na realizację zadania nr 1,

2. kosztami postępowania obciąża 21 Baza Lotnictwa Taktycznego, 78-301 Świdwin, ul. Połczyńska 32 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polis Security Group Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 111, 00-102 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od 21 Bazy Lotnictwa Taktycznego, 78-301 Świdwin, ul. Połczyńska 32 na rzecz wykonawcy Polis Security Group Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 111, 00-102 1

Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:……..

……..

……..

Sygn. akt: KIO 213/17

Uzasadnienie

Zamawiający: 21 Baza Lotnictwa Taktycznego, 78-301 Świdwin, ul. Połczyńska 32 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Ochrona fizyczna osób i mienia, świadczona przez SUFO, na rzecz jednostek wojskowych" - Zadanie 1 - Jednostka Wojskowa 3294 w Świdwinie, nr

zamówienia ZP/55/2016.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2016/S 220-401002.

Pismem z dnia 6 grudnia 2016r. Zamawiający wezwał Odwołującego: Polis Security Group Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 111, 00-102 Warszawa na zasadzie art.26 ust.4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu: zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w tym o udzielenie odpowiedzi jaką część zamówienia wykona podmiot - Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie z prośba o określenie precyzyjnie zakresu wykonywanych czynności.

Odwołujący w piśmie w dniu 07.12.2016r oświadczył między innymi, że „Podwykonawca zapewni wykonanie obowiązków wykonawcy z wykorzystaniem dla potrzeb realizacji zamówienia personel (ubiór, broń, wyposażenie) przy czym zadania z zakresu organizacji zakresu ochrony (magazyn broni, łączność, ochrona informacji niejawnych) alokowane są w przedsiębiorstwie wykonawcy…” .

Pismem z 5 stycznia 2017 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do podpisania umowy, informując, że podpisanie umowy nastąpi w dniu 13 stycznia 2017 r. w siedzibie Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy kwalifikacje pracowników Odwołującego, a także do przedłożenia pozwolenia radiowego typu dyspozytorskiego z przydzieloną częstotliwością radiową obejmującą obszar chronionego obiektu oraz pozwolenia radiowego typu monitorowanie systemów alarmowych z warunkami wykorzystania częstotliwości.

W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 11 stycznia 2017 r. Odwołujący przedstawił stosowne dokumenty.

W piśmie z dnia 13 stycznia 2017 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej stawiane przez Zamawiającego wymagania w zakresie uprawnień pracowników Odwołującego, ich kwalifikacji, przeszkoleń oraz form zatrudnienia.

Odnośnie przedłożonych przez Odwołującego pozwoleń radiowych Zamawiający wskazał, iż niedopuszczalne jest w tym zakresie poleganie na pozwoleniu uzyskanym przez podwykonawcę Odwołującego - Firmę Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie.

Jednocześnie Zamawiający wyznaczył nowy termin podpisania umowy na dzień 17 stycznia 2017 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił informacji w zakresie dokumentacji dotyczącej pracowników w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r., a także przedstawił stanowisko dotyczące przedłożenia pozwolenia radiowego.

Pismem z dnia 20 stycznia 2017r. Zamawiający na zasadzie art.46 ust.5 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oświadczył, że zatrzymuje wadium wniesione przez Odwołującego na realizację zadania nr 1 w wysokości 50 000zł.

Zamawiający swoją czynność uzasadnił powyższym oświadczeniem Odwołującego o zapewnieniu wykonania przedmiotu zamówienia w części dotyczącej łączności radiowej.

Powołał się przy tym na przepis art.144 ustawy Pzp zakazującego zawarcie umowy zmieniającej treść oferty.

Nadto, Zamawiający wskazał, że pozwolenie radiowe wystawione na podwykonawcę nie spełniało wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, stwierdzając, że wymagał pozwolenia radiowego na zamontowane stacje bazowe o mocy maksymalnej 5(W), a nie 1(W).

Poza tym stwierdził on, że pozwolenie to nie spełnia wymagań pkt. 5 ppkt 7 i 13 załącznika nr 4 a do SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 stycznia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując następujące czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy:

I. naruszenie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie Odwołującemu polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego, tj. posłużeniem się przez Odwołującego pozwoleniem radiowym uzyskanym przez Podwykonawcę, z którym pozostaje w stosunku prawnym;

II. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania oferentów w zakresie uzyskania pozwolenia radiowego;

III. naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zatrzymanie wadium przez Zamawiającego, podczas gdy Wykonawca dotrzymał należytej staranności w postępowaniu przetargowym i przedłożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty umożliwiające wykonanie przedmiotu umowy na zasadach określonych w SIWZ;

IV. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; dla zadania nr. 1 Ochrona fizyczna osób i mienia, świadczona przez SUFO, na rzecz Jednostki Wojskowej 3294 w Świdwinie,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; dla zadania nr. 2,3,4 Ochrona fizyczna osób i mienia, świadczona przez SUFO, na rzecz Jednostek Wojskowych Świdwin dla zamówienia nr. ZP/55/2016

3. nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium, w związku z unieważnieniem postępowania; 5

---

4. nakazanie Zamawiającemu zwrotu uzasadnionych kosztów niezbędnych do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, tj. m. in. kosztów niezbędnych do prawidłowego przygotowania oferty, kosztów uzyskania niezbędnych pozwoleń, dokumentacji, zwrotu poniesionych kosztów zleconych usług ,zawartych umów, zakupu urządzeń , zakupu sprzętu niezbędnego do realizacji umowy, zwrotu wynagrodzeń dla wszystkich osób zaangażowanych w organizację przedmiotu zamówienia , zwrot kosztów dojazdów do miejsca prowadzenia postępowania; ewentualnie, w razie stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do unieważnienia przedmiotowego postępowania:

5. nakazanie Zamawiającemu zapłaty wartości podwójnego wadium, w trybie art. 704 § 2 Kodeksu cywilnego, ze względu na gotowość Odwołującego do zawarcia umowy i uchylanie się Zamawiającego od zawarcia umowy na skutek okoliczności leżących po jego stronie i przez niego zawinionych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 22a ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że do organizacji zakresów ochrony nie jest konieczne posiadanie przez niego wymienionych elementów w tym łączność, wykazane zostały one Zamawiającemu w posiadaniu u swojego podwykonawcy.

Odnosząc się z kolei do zastrzeżeń Zamawiającego co do pozwoleń radiowych zauważył, że w Zamawiający nie wyłączył w SIWZ możliwości wykonywania przedmiotu

umowy przy pomocy podwykonawcy, ani korzystania z jego zasobów oraz zdolności technicznych, bowiem zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wobec tego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, według Odwołującego - nie stoi na przeszkodzie fakt, iż Odwołującego z Podwykonawcą nie wiąże umowa o pracę, a umowa cywilnoprawna.

Argument Zamawiającego odnoszący się do braku instrumentów prawnych dotyczących możliwości egzekwowania od podwykonawcy należytego wykonania umowy jest – zdaniem Odwołującego - całkowicie bezzasadny, gdyż przepisy Kodeksu cywilnego przewidują takie rozwiązania.

Wyjaśnił, że używając słowa alokowanie miał na myśli podział zadań zgodnie z posiadanymi uprawnieniami pomiędzy Odwołującym a podwykonawcą, a czynności te uzgodnione są w przedsiębiorstwie wykonawcy.

Tym samym oczekiwania kolejnych zezwoleń przez Zamawiającego od Odwołującego są bezzasadne.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, iż pozwolenie wystawione na podwykonawcę, nie spełnia jego oczekiwań albowiem wymagał on zezwolenia, na zainstalowane stacje bazowe, które wykonawca zobowiązuje do instalacji po podpisaniu umowy w ciągu 7 dni zgodnie z zapisami SIWZ, a tym samym stawia w sprzeczności swoje żądania powołując również zapisy SIWZ pkt 5 ppkt.7) przytaczając jej treść z której oczekuje od Odwołującego zapewnienia łączności bezprzewodowej w trakcie realizacji usługi z wymienionymi osobami.

Odwołujący podniósł, że uzyskując niezbędne informacje techniczne od Zamawiającego poinformował go pisemnie o złożeniu dokumentacji i wniosku do UKE o wydanie odrębnego zezwolenia na stacje bazowe , których instalacja odbędzie się w terminie do 7 dni, od zawarciu umowy na realizację usługi.

Odwołujący argumentował, że nie wnosił na etapie ogłoszenia postępowania wniosków dotyczących zezwoleń radiowych, ponieważ okazane zezwolenie radiowe podwykonawcy, jaki i inne dokumenty spełniały oczekiwania do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Według Odwołującego wybór oferty Odwołującego oraz kierowane zaproszenia do podpisania umowy, przez Zamawiającego potwierdza zgodność przedstawionej dokumentacji z wymogami stawianymi w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący zaznaczył, iż nie jest autorem SIWZ, aby Zamawiający mógł obarczyć go winą za powstałe niedopełnienia.

Odwołujący wskazał na fakt wystąpienia do Zamawiającego o podjęcie szczegółowych uzgodnień technicznych, niezbędnych do podjęcia realizacji usługi, w tym możliwości instalacji i odbiorów trzech magazynów broni, które również wymagają decyzji administracyjnych, lecz do dnia dzisiejszego nie otrzymał od Zamawiającego żadnej odpowiedzi w tej kwestii. 7

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił uwagę, że istotnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp w przedmiotowym postępowanie są wymogi Zamawiającego dotyczące uzyskania pozwolenia radiowego w UKE stacji bazowych przed terminem zawarcia umowy bazowych.

Zauważył, że zapis SIWZ w rozdziale 14 pkt 5 przewiduje: „Przed wykonaniem umowy wykonawca dostarczy zamawiającemu pozwolenie radiowe typu dyspozytorskiego w ruchu lądowym typu dyspozytorskiego z przydzieloną częstotliwością radiową obejmującą obszar chronionego obiektu".

W ocenie Odwołującego takie właśnie pozwolenie zostało Zamawiającemu przedłożone w przewidzianym terminie.

Natomiast wymagania Zamawiającego dotyczące wymogów posiadania pozwolenia radiowego w UKE na nie zainstalowane stacje bazowe stanowią – w opinii Odwołującego - wyraz jawnej jego dyskryminacji, a także pozostałych oferentów, bowiem nie jest możliwe ani ekonomicznie uzasadnione, aby każdy oferent przystępujący do postępowania budował wcześniej przed etapem składania ofert własną infrastrukturę radiową na terenie jednostki wojskowej, nie posiadając umocowań prawnych, dostępu i współrzędnych stanowiących podstawę wykazania w dokumentacji techniczno-projektowej.

Powyższa dokumentacja stanowi załącznik do wniosku o pozwolenie radiowe wydawane przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, a na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał od oferentów potwierdzenia wnioskowanej zdolności technicznej.

Podkreślił przy tym, że uzyskanie pozwolenia radiowego wydawane przez UKE możliwe jest dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, w której wskazuje się parametry wykonanych pomiarów instalacji, w każdej lokalizacji ze wskazaniem dokładnych koordynatów GPS zainstalowanych anten bazowych i po złożeniu wniosku o akceptację.

Wskazał, że Zamawiający w SIWZ w Załączniku nr 4a pkt. 13 określił, że wykonawca zainstaluje stacje bazowe w terminie do 7 dni od daty zawarcia umowy, lecz nie później niż do dnia w którym rozpocznie realizację umowy.

Oświadczył przy tym, że zgodnie z zapisami SIWZ jest gotów i w stanie wykonać instalacje stacji bazowych w opisanych lokalizacjach, wypełniając w pełni stawiane wymogi.

Według Odwołującego stawiane w żądaniach dodatkowe wymogi, o których nie wspomniał Zamawiający w SIWZ, podnosząc je, jako warunek podpisania umowy, dotyczą pozwolenia UKE na instalowane w przyszłości stacje bazowe.

Te wymogi są możliwe do wypełnienia przez wykonawcę jedynie po zawarciu ważnej umowy, bowiem Zamawiający w SIWZ sam wskazał okres spełnienia tych oczekiwań.

Zamawiający, odmawiając podpisania umowy, skutecznie uniemożliwił ich wykonanie, wykluczając wybranego wcześniej oferenta.

Zarzucił, że do realizacji usługi w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dał pierwszeństwo oferentowi obecnie wykonującemu usługę ochrony, niezależnie od proponowanych cen przez innych oferentów biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zwrócił również uwagę, że ogłoszeniem z dnia 24.01.2017 r. Zamawiający wybrał nowego wykonawcę, pomimo przyjęcia wcześniejszych zapewnień Odwołującego o wypełnieniu dodatkowych żądań technicznych, tj. złożeniu do UKE wniosku o wydanie dodatkowych pozwoleń, niewymaganych wcześniej w SIWZ.

Odwołujący zapewnił Zamawiającego, że do czasu rozpoczęcia usługi, której realizację zaplanowano w zapisach umowy od 01.02.2017, Odwołujący będzie posiadał pozostałe warunki techniczne do realizacji usługi, oczekując tym samym na zawarcie umowy.

Wyjaśnił, że z deklaracji pisemnych UKE wynika, iż przedmiotowe pozwolenie zostanie wydane Odwołującemu w dniu 27.01.2017 tj. na trzy dni przed planowaną realizacją usługi, o czym informowany był pisemnie Zamawiający korespondencją elektroniczną w dniu

Zaznaczył przy tym, iż oferenci, poza złożeniem wniosku o przyśpieszenie wydania decyzji, nie mają żadnego wpływu na terminy administracyjne niezbędne do wydania pozwoleń w UKE na użytkowanie stacji bazowych w jednostce wojskowej.

W części odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp podniósł, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp jest możliwe tylko wówczas, jeżeli wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentacji w ogóle nie uzupełnił 9

---

braków.

Wyraził stanowisko, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp uzasadnia zastosowanie instytucji zatrzymania wadium, bowiem obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Odwołujący wskazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, wypełniając wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i nie można uznać również, że działanie Odwołującego było zawinione ze względu na okoliczności przytoczone w niniejszym odwołaniu.

Ostatecznie, w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stwierdził, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazał przy tym, że umowa, która nie była w przedmiotowym postępowaniu zamieszczona jako załącznik do SIWZ, zawiera postanowienia sprzeczne z treścią SIWZ oraz postanowienia generujące dodatkowe obowiązki i koszty dla wykonawcy, co również odbiega od zakresu obowiązków zamieszczonych w SIWZ.

Podniósł, że jeden z zapisów dotyczący zobowiązania wykonawcy do zapewnienia transportu dla pracowników na terenie ochranianej jednostki znacząco wpływa na zwiększenie kosztów i w związku z tym zmianie ulega kalkulacja cenowa całego zamówienia.

Ponadto, wskazał, że przedmiotowa umowa obarczona jest licznymi błędami formalnoprawnymi. Przede wszystkim nakłada dodatkowe kary umowne, które nie były przewidziane w SIWZ.

Według Odwołującego zaproponowany projekt umowy nie gwarantuje równowagi stron stosunku prawnego, a wzmacnia jedynie nadużycie przez Zamawiającego jego pozycji dominującej. Umowa ta nie przyznaje obu stronom jednakowych możliwości roszczeń finansowych w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy lub zamawiającego. 10

Poza tym zaznaczył, że Zamawiający zastrzegł w umowie, że może być ona rozwiązana w trybie natychmiastowym, bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji finansowych przez zamawiającego.

Pismem z dnia 3 lutego 2017r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Agencja Ochrony „Szabel" Sp. z o.o., Firma Ochrona Mienia DISCRETIO Sp. z o.o., UNIA Sp. z o.o., UNIA PLUS Sp. z o.o. T. B. Agencja Ochrony osób i mienia „TOM", ul. Kazimierza 55, 01-267 Warszawa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwań Zamawiającego z dnia 3, 13 i 18 stycznia 2017r. do złożenia pozwolenia radiowego i odpowiedzi Przystępującego na te wezwania wraz załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia. Jednocześnie zważywszy na postanowienie Sądu Najwyższego z 27 listopada 2014 r. (sygn. akt IV CSK 115/14) należy wskazać, iż: „Biorąc pod uwagę, że postępowanie toczy się w szczególnym trybie uregulowanym przez P.z.p., a odwołanie uczestnicy wnoszą do Krajowej Izby Odwoławczej, wbrew sugestiom zawartym w skardze kasacyjnej, brak jakichkolwiek podstaw, aby sprawy związane z zatrzymaniem przez zamawiającego wadium, wyłączyć spod regulacji P.z.p. Wobec tego zgodnie z art. 198a P.z.p. dopiero po wydaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, powstaje właściwość sądu powszechnego."

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, nie stwierdziła naruszenia przepisu art.7, art.22a ust.1, art.93 ust.1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 5 rozdziału XIV SIWZ - Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed podpisaniem umowy, wykonawca dostarczy zamawiającemu pozwolenie radiowe typu dyspozytorskiego w ruchu lądowym typu dyspozytorskiego z przydzieloną częstotliwością radiową obejmującą obszar chronionego obiektu.

Izba stwierdziła, że stosownie do treści pkt. 5 załącznika nr 4a do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia Zadanie nr 1 – Jednostka Wojskowa 3294 w Świdwinie Zamawiający postanowił, że:

Ppkt.7 Podczas realizacji zamówienia Wykonawca ma obowiązek posiadać łączność bezprzewodową (radiową) z Grupą Interwencyjną, patrolami, dowódcą ochrony, oficerem dyżurnym 21.BLT, posterunkami i innymi elementami systemu ochrony oraz osobami wymienionymi w pkt 4., ppkt 5), lit. c), d), e).

Ppkt.12 Wykonawca zamontuje na własny koszt:

a) Urządzenia bazowe łączności radiowej we wskazanych obiektach w terminie do 7 dni od podpisania umowy, ale nie później niż w dniu rozpoczęcia świadczenia usługi;

• Kompleks nr 1964 – 6 kpl. - (Biuro Przepustek, LCN-1, LCN-2, Oficer dyżurny 21.BLT, Szefa Sekcji Ochrony, Dowódca ochrony);

• Kompleks nr 6019 - obiekt oddalony w m. Dąbrowa – 1 kpl.;

• Kompleks nr 4719 – 1 kpl.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba uznała zarzut naruszenia art.46 ust.5 pkt. 3 ustawy Pzp za uzasadniony.

Przepis ten upoważnia Zamawiającego do zatrzymania wadium jedynie w warunkach, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało w sposób jednoznaczny, że zachowanie wykonawcy mieściło się w tym przepisie.

Według zapatrywania Izby Zamawiający w sposób niedostateczny opisał wymaganie związane z dostarczeniem Zamawiającemu pozwolenia radiowego typu dyspozytorskiego w ruchu lądowym, w tym również nie zawarł parametru odnoszącego się do maksymalnej 12

mocy wyjściowej. Wszelkie zaś niejasności postanowień SIWZ, Izba rozpatruje zawsze na korzyść Wykonawcy zgodnie z ugruntowaną w orzecznictwie zasadą.

Z tych powodów Izba nie mogła rozważać kwestii związanych z okolicznością możliwości użyczenia częstotliwości przez podwykonawcę czy bezpośredniego świadczenia usługi łączności w tym zakresie przez podwykonawcę.

Izba zważyła również, że Zamawiający w SIWZ nie wykluczył możliwości świadczenia w zakresie łączności przez podwykonawcę, zaś w ramach wyjaśnień Odwołujacego złożonych 07.12.2016 r. Wykonawca w odpowiedzi na pytanie 3 nie wykluczył definitywnie udziału podwykonawcy w zakresie organizacji m.in. łączności, gdyż zawarł zastrzeżenie że rozstrzygającym elementem będzie kwestia zgodności z prawem.

Nadto, w ocenie Izby okoliczność terminu wydania decyzji administracyjnej jest to sytuacja pozostająca poza zakresem woli Odwołującego.

Wymaga również wskazania, że motywacja Zamawiającego dotycząca podstaw do zatrzymania wadium została oparta o postanowienia pkt. 5 pkt. 7 i 12 załącznika nr 4a do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, które w całej rozciągłości regulowały zachowanie wykonawcy w okresie realizacji umowy, a nie w okresie przed podpisaniem umowny.

W zakresie zarzutu naruszenia art.22a ust.1 ustawy Pzp Izba doszła do przekonania, że czynność zatrzymania wadium nie ma żadnego związku, w rozpoznawanej sprawie z oceną spełniania warunków udziału w przedmiotowym przetargu.

Poza tym, Izba przyjęła zapatrywanie, że Odwołujący w ogóle nie wykazał przesłanek do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.93 ust.1 pkt. 7 ustawy Pzp, który można uruchomić jedynie w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwa do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto żądania odnośnie innych zadań niż 1 są nieadekwatne do zakresu zaskarżenia, które odnosi się jedynie do zadania 1.

Dodatkowo, zarzut naruszenia art.7 ustawy Pzp nie potwierdził się z tego powodu, że Odwołujący przedstawił przed podpisaniem pozwolenie radiowe dla osoby trzeciej, a w takich warunkach nie znajdował się żaden z wykonawców.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……..

……..

……..