

WYROK
z dnia 14 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę **Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Portu Wojennego Świnoujście z siedzibą w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 76-200 Świnoujście** przy udziale wykonawcy **Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia** na rzecz wykonawcy **Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin** kwotę w łącznej wysokości **4 396 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem poniesionych przez Przystępującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „naprawa główna i dokowa OTrM 824”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2015 r. pod numerem 2015/S 249-455906.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 51 ustawy Pzp „poprzez zakwalifikowanie Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez firmę Net Marine Marine Power Service Spółka z o.o. (Net Marine) jako spełniającego warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu”.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) „Unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) Powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) Odrzucenie wniosku firmy Net Marine Marine Power Service Spółka z o.o.,
- 4) Obciążenia kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą”.

Odwołujący podał, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ dopuszczono do postępowania firmę, która nie spełnia wymogów wskazanych zarówno w ogłoszeniu, jak i w ustawie z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2001 r., Nr 67, poz. 679), naruszając tym samym warunki prowadzenia działalności wskazane w koncesji, jak też przepis art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez przekazywanie nierzetelnych danych o swojej sytuacji gospodarczej i prawnej, na którą składa się informacja o możliwości wykonywania zlecenia zgodnie z warunkami koncesji w sytuacji, gdy miejsce i zakres działalności koncesjonowanej nie odpowiada wymogom stawianym przez Zamawiającego i jest sprzeczny z przepisami powołanej ustawy.

Odwołujący nie zgodził się z wynikami oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu i wyjaśnił, że w prowadzonym postępowaniu przetargowym firma Net Marine złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezgodny z zapisami rozdziału II punktu 2 „Danych do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego”. Zgodnie z ww. punktem miejscem wykonania zamówienia jest miejsce wykonywania działalności przez wykonawcę, wskazane w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

Odwołujący podniósł, że koncesja firmy Net Marine nr B-002/2008 na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wskazuje, że działalność koncesjonowana wykonywana jest w ramach usług remontowanych jednostek pływających marynarki wojennej na terenie Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, Portu Wojennego - Gdynia, Portu Wojennego - Świnoujście oraz na terenie magazynów polowych przygotowywanych do przechowywania elementów broni oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym o rozmiarach uniemożliwiających ich przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych, zorganizowanych zgodnie z przepisami, a których adresy lub określenie dokładnego miejsca zawarte jest w dokumentach Spółki.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Net Marine nie dysponuje jakimkolwiek tytułem prawnym do nieruchomości i pozostałej infrastruktury Stoczni Marynarki Wojennej S.A., po wtóre, nie korzysta faktycznie (bezumownie) z tych zasobów, po trzecie, nie otrzymała zgody syndyka masy upadłości na wykorzystywanie majątku, ani podawanie informacji na potrzeby postępowań administracyjnych, w tym o udzielenie koncesji - co do możliwości wskazywania Stoczni, jako miejsca wykonywania działalności koncesjonowanej.

Odwołujący wyjaśnił, że z dokumentów dołączonych przez Net Marine do wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu wynika, że firma, jako miejsce wykonywania prac remontowych wskazuje, że na potrzeby prowadzonego remontu utworzy „magazyn połowy” w Morskiej Stoczni Remontowej „GRYFIA” S.A. z siedzibą w Szczecinie.

W ocenie Odwołującego, firma Net Marine nie spełnia wymagania w zakresie posiadania wpisanego w koncesji miejsca do prowadzenia działalności gospodarczej, wynikającego z posiadanej koncesji, naruszając tym samym wymagania stawiane w Danych do ogłoszenia o zamówieniu, jak również ustawę o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, w szczególności art. 8 pkt 2 ppkt 2.

W związku z tym, że Morska Stocznia Remontowa „GRYFIA” S.A. nie jest wskazana w koncesji Net Marine Marine, jako miejsce wykonywania działalności przez Wykonawcę, zdaniem Odwołującego, nie został wypełniony wymóg postawiony przez Zamawiającego w rozdziale II punkt 2 Danych do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego.

Zamawiający uwzględnił odwołanie.

Przystępujący wobec powyższego wniósł sprzeciw, a w toku rozprawy przedłożył pismo procesowe z dnia 14 marca 2016 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że czynność Zamawiającego, określona w przepisie art. 51 ustawy Pzp, to jest zaproszenie Przystępującego do złożenia oferty nie miała miejsca, został jedynie powiadomiony o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże w tym zakresie w żaden sposób nie można uznać, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie wykazał interesu w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, bowiem w odwołaniu nie wykazał, w jaki sposób mógłby ponieść szkodę w wyniku rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przystępujący zauważył również, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał przedłożenia koncesji celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności. Przystępujący przedłożył zaś wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesję wymaganą przez Zamawiającego.

Dalej Przystępujący dostrzegł, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący składając wniosek naruszył ustawę o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

W odniesieniu do braku tytułu prawnego do nieruchomości i pozostałej infrastruktury Odwołującego, faktycznego niekorzystania z tych zasobów i braku zgody syndyka masy upadłości na wykorzystywanie majątku Przystępujący podał, że powyższe nie warunkuje uzyskania koncesji, a przepisy ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym nie wymagają dysponowania jakimkolwiek tytułem prawnym do miejsc wykonywania działalności wskazanych w koncesji.

Co do naruszenia przez Przystępującego postanowień rozdziału II pkt 2 „*Danych do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego*” Przystępujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie sankcjonują takiego dokumentu, a tym bardziej nie zezwalają na stanowienie przez taki dokument warunków udziału w postępowaniu czy innych wymogów, jakie stawiane są wykonawcom.

Z daleko posuniętej ostrożności Przystępujący wyjaśnił, że w żaden sposób wykonanie przez niego przedmiotu zamówienia na terenie Morskiej Stoczni Remontowej „Gryfia” S.A. nie będzie stanowiło naruszenia czy to wymagań postawionych przez Zamawiającego, czy to przepisów powołanej wyżej ustawy.

Przystępujący zwrócił uwagę na treść decyzji nr 10 do koncesji B-002/2008 Ministra Spraw Wewnętrznych, w której określono, że działalność koncesjonowana wykonywana jest w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej na terenie: Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, Portu Wojennego Gdynia, Portu Wojennego Świnoujście oraz na terenie magazynów polowych w przypadku, jeżeli rozmiar wyrobu nie pozwala na przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych.

Przystępujący wskazał na dane techniczne okrętu, mającego być przedmiotem naprawy, konkludując, że rozmiar okrętu nie pozwala na przechowywanie go w zamkniętych obiektach magazynowych, a tym samym dopuszczalne jest utworzenie w celu wykonania remontu okrętu – magazynu polowego. Przystępujący zauważył również, że powszechnie stosowaną, a wręcz jedynie możliwą praktyką jest wykonywanie remontów statków poza zamkniętymi obiektami magazynowymi – to jest na obszarze nabrzeży lub doków.

Przystępujący wyjaśnił również, że przyjętą przez niego praktyką jest tworzenie na potrzeby wykonania remontu okrętu Marynarki Wojennej RP magazynu polowego na terenie danej stoczni, z uwzględnieniem przepisów ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz aktów wykonawczych do niej. Praktyka ta była badana przez organ koncesyjny, jak również Policję i Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Zamawiający również nie kwestionował tej praktyki podczas poprzednich prac związanych z wykonywaniem przez Przystępującego remontów okrętów na rzecz Zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego odnośnie naruszenia przez Przystępującego przepisu art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazał, że nie można przyjąć, aby Przystępujący rozpowszechniał informacje nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd, albowiem Przystępujący posiada ważną koncesję pozwalającą mu na wykonanie zamówienia. Zaś ewentualne popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji mogłoby skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a nie wykluczeniem go z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2.1) pkt 1 ppkt 1.1 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zawarł wymóg, że *„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i złożą oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do Danych do ogłoszenia, a dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dołączy do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu następujące dokumenty:*

aktualną koncesję wydaną na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2001 r., Nr 67, poz. 679, z późn. zm.), w zakresie wskazanym w załączniku nr 1 – Rodzaje broni i amunicji – BA poz. 1 oraz w załączniku Nr 2 WT IV ust. 1 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT” do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.)”. Przedmiotowe postanowienie zostało powtórzone w rozdziale IV pkt 1 ppkt 1.1 lit. a „Danych do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego”.

Jednocześnie w treści dokumentu „Dane do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego” w rozdziale II pkt 2 Zamawiający określił miejsce wykonania zamówienia: „miejsce wykonywania działalności przez Wykonawcę, wskazane w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Port, basen, nabrzeże musi spełniać wymogi określone w przepisach portowych wydanych przez administrację morską danego obszaru w zakresie, korzystania z usług portowych, ochrony środowiska i utrzymania porządku na obszarze morskim w szczególności bezpieczeństwa ruchu statków tj. zapewniać bezpieczne manewrowanie okrętu”.

Zamawiający nie wymagał wskazania w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu miejsca wykonania zamówienia.

Przystępujący w treści wniosku podał, że polega na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, którym jest Morska Stocznia Remontowa „GRYFIA” S.A.

Przystępujący przedłożył wraz z wnioskiem koncesję nr B-002/2008 z dnia 4 stycznia 2008 r. wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji „na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej) oraz obrotu technologią o tym przeznaczeniu, określonymi w WT IV i WT XIII Załącznika Nr 2 Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT” do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.)”. W koncesji oznaczono również miejsce wykonywania działalności: 70-660 Szczecin, ul. Gdańska 40.

W uzupełnieniu Przystępujący przedłożył również decyzję 10 do koncesji nr B-002/2008 z dnia 5 listopada 2015 r. wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych

zmieniającą decyzję (koncesję) z dnia 4 stycznia 2008 r. nr B-002/2008 w szczególności w zakresie określenia miejsca wykonywania działalności. Organ postanowił „*wykreślić w całości dotychczasowy wpis i w to miejsce wpisać:*

- *70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 13*

Działalność koncesjonowana wykonywania jest w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, na terenie:

- *Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej,*
- *Portu Wojennego – Gdynia,*
- *Portu Wojennego – Świnoujście*

oraz na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania elementów broni oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym o rozmiarach uniemożliwiających ich przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych, zorganizowanych zgodnie z przepisami, a których adresy lub określenie dokładanego miejsca zawarte jest w dokumentach Spółki.”

Jednocześnie w treści przedmiotowej decyzji, na podstawie art. 14 ust. 2 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określono „*szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej w zakresie objętym koncesją:*

1. *wykonywanie działalności w zakresie wytwarzania, w tym remontu jednostek pływających marynarki wojennej – na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania broni i wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, zorganizowanych, zgodnie z obowiązującymi przepisami, których określenie dokładnego miejsca zawarte jest w dokumentach przedsiębiorcy, a zakres i warunki wykonywania określa aktualna opinia instytucji uprawnionej do ich określenia.”*

Pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie miejsca wykonania przedmiotu umowy. Zamawiający przytoczył treść postanowienia rozdziału II pkt 2 „*Danych do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego*”, określającego miejsce wykonania zamówienia i wskazał, że „*dokument potwierdzający, że port, basen, nabrzeże spełnia wymogi określone w przepisach portowych wydanych przez administrację morską danego obszaru w zakresie, korzystania z usług portowych, ochrony środowiska i utrzymania porządku na obszarze morskim w szczególności bezpieczeństwa ruchu statków wydany jest na Stocznię Remontową „Gryfia”.*

W odpowiedzi (pismo z dnia 28 stycznia 2016 r.) Przystępujący poinformował, że „*przedmiot umowy będzie realizowany, zgodnie z warunkami posiadanej przez nas koncesji*

MSWiA nr B-002/2008, decyzja nr 10 z dnia 05.11.2015, w magazynie polowym, mieszczącym się na terenie Morskiej Stoczni Remontowej „Gryfia” (...). Magazyn zostanie utworzony zarządzeniem Prezesa Zarządu Net Marine Marine Power Service Sp. z o.o. na potrzeby realizacji remontu, po uzyskaniu przez nas zamówienia publicznego i spełniał będzie szczególne warunki określone w decyzji nr 10 do posiadanej przez nas koncesji oraz wymogi przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 27 października 2010, w sprawie pomieszczeń magazynowych i obiektów do przechowywania materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (Dz. U. 2010 Nr 222, poz. 1451).”

Zamawiający zwrócił się do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji o ocenę przedmiotowej sytuacji (pismo z dnia 1 lutego 2016 r.).

W odpowiedzi (pismo z dnia 11 lutego 2016 r.) Minister wyjaśnił, co następuje: *„Jak wynika z treści pisma, do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „naprawę główną i dokową OTrM 824” przystąpiła Net Marine Marine Power Service Sp. z o.o., wskazując jako swego podwykonawcę Morską Stocznnię Remontową „Gryfia” oraz deklarując wykonanie przedmiotu zamówienia na terenie obiektów podwykonawcy, które spełniają wymogi przepisów portowych.*

W naszej ocenie działanie takie jest zgodne z treścią koncesji z dnia 4 stycznia 2008 r. nr B-002/2008 (z późn. zm.), posiadanej przez Net Marine Marine Power Service Sp. z o.o. W przedmiotowej koncesji określono, że działalność koncesjonowana wykonywana jest w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, na terenie: Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, Portu Wojennego – Gdynia oraz Portu Wojennego – Świnoujście, a także na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym o rozmiarach uniemożliwiających ich przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych, zorganizowanych zgodnie z obowiązującymi przepisami, a których adresy lub określenie dokładnego miejsca zawarte jest w dokumentach Spółki.

Ponadto uprzejmie informuję, że podwykonawca – Morska Stocznia Remontowa „Gryfia” S.A. posiada koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 24 lipca 2015 r. nr B-051/2015 (z późn. zm.), udzieloną na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonych w pozycji WT IV (wojenne jednostki pływające, specjalistyczny sprzęt morski i wyposażenie oraz jego składniki) Załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.) oraz obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu

wojskowym lub policyjnym, określonymi w pozycjach WT II-WT XIV w/w rozporządzenia. Jako miejsce wykonywania działalności wpisano w koncesji: 71-700 Szczecin, ul. Ludowa 13 oraz Świnoujście, ul. Ludzi Morza 16. Miejsca te posiadają pozytywną opinię WITU.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać. Przy czym Izba, z mocy powołanego przepisu zobowiązana jest do zbadania, przed merytorycznym rozpoznaniem sporu, czy odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Czynności te Izba podejmuje z urzędu, a od wyniku ustaleń Izby w tym przedmiocie, zależy dalszy tryb procedowania. Stwierdzenie braku legitymacji czynnej po stronie odwołującego skutkuje oddaleniem odwołania, jako że przesłanki wymienione w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter materialnoprawny, zaś w przypadku stwierdzenia istnienia rzeczony legitymacji dochodzi do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przechodząc do oceny przesłanek zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że po pierwsze, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot. Powołany przepis wyznacza zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć przy tym należy, że uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia.

Wnoszący odwołanie musi przy tym wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Przy czym za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, iż interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia.

Podkreślić jednakże należy, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu źródeł swojej legitymacji do wniesienia odwołania upatrywał w tym, iż do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczono Wykonawcę, który nie spełnia wymogów wskazanych w ogłoszeniu oraz w ustawie o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Jednakże w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazanie na naruszenie przepisów prawa jest niewystarczające dla wykazania uprawnienia do wniesienia odwołania.

Ustawodawca wyraźnie usankcjonował obowiązek wykazania, że w konkretnym postępowaniu możliwe jest uzyskanie zamówienia przez wnoszącego odwołanie, zaś naruszenie przepisów prawa przez Zamawiającego spowoduje powstanie uszczerbku po stronie odwołującego się podmiotu, który może być rozumiany jako utrata potencjalnej możliwości uzyskania zamówienia. Okoliczności tych Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, a co więcej na zarzut Przystępującego w tym przedmiocie, zgłoszony w piśmie procesowym z dnia 14 marca 2016 r. w ogóle nie zareagował.

Podkreślenia wymaga, że odwołujący winien wykazać, z mocy przepisy art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie jakiś hipotetyczny interes w uzyskaniu zamówienia, interes ten musi być faktyczny, a związany z sytuacją odwołującego w tym postępowaniu. Zatem, za niewystarczające należy uznać domaganie się przez wykonawcę prowadzenia postępowania

przez zamawiającego zgodnie z przepisami prawa. Odwołujący tego obowiązku, z przyczyn wskazanych powyżej, nie udźwignął.

Zaniechanie wykazania przez Odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania stanowi wystarczającą podstawę do odstąpienia przez Izbę od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów i oddalenia odwołania. Powyższe potwierdza orzecznictwo Sądów Okręgowych, w szczególności należy wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.*

Niezależnie od powyższego, Izba uznała za celowe i pożądane odniesienie się do merytorycznego aspektu sporu. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący wskazując na naruszenie przepisów art. 51 ustawy Pzp dostrzegając wadliwość *„zakwalifikowania Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez firmę Net Marine (...) jako spełniającego warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu”.* Na tym tle nie sposób nie dostrzec, że zarówno podstawa prawna, jak i faktyczna przedmiotowego zarzutu została sformułowana błędnie. Zarzut, na gruncie prawa zamówień publicznych, jak wskazuje się w orzecznictwie, należy rozumieć jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Jego konkretyzacja wymaga wskazania przepisu, który naruszono, a więc konkretnej jednostki redakcyjnej. Nie jest rolą Izby, z przepisów zawartych w art. 51 ustawy Pzp określanie, jakich okoliczności prawnych w istocie zarzut dotyczy. W niniejszej sprawie dopiero sięgnięcie do uzasadnienia faktycznego zarzutu pozwala na właściwą jego rekonstrukcję w zakresie wskazania podstawy prawnej. Wydaje się, że Odwołującemu chodziło o nieprawidłową ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 1a ustawy Pzp). Nie sposób też nie zwrócić uwagi, analizując uzasadnienie faktyczne zarzutu, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, to nie wniosek winien spełniać warunki w postępowaniu a wykonawca (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). Dostrzegając ułomność w precyzowaniu zarzutu przez Odwołującego, Izba doszła do przekonania, wbrew twierdzeniom Przystępującego, że powyższe nie może skutkować oddaleniem odwołania. W istocie bowiem suma okoliczności faktycznych i prawnych pozwala na zindywidualizowanie zarzutu, a tym samym jego rozstrzygnięcie.

Przystępujący zwrócił uwagę, że zarzut podniesiony przez Odwołującego jest chybiony, bowiem czynność zaproszenia do składania ofert nie miała jeszcze miejsca. Jednakże, jak wskazano wyżej, uzasadnienie faktyczne zarzutu pozwala na ustalenie, że przedmiotem odwołania nie jest czynność wskazana przez Przystępującego a czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast kwestionowanie tej oceny w oczywisty sposób łączy się z zaniechaniem wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Choć rację ma Przystępujący, że Odwołujący wprost nie wskazał, iż kwestionuje ocenę wniosków poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania, to jednakowoż lektura odwołania każe dojść do takiej konstatacji.

Reasumując, powyższe wskazuje na brak znajomości podstawowych instytucji prawa zamówień publicznych, jednakże w ocenie Izby, nie niweczy zarzutu, a tym samym nie może stanowić podstawy oddalenia odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Prowadzenie działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia wymaga koncesji. Zamawiający zatem w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że warunek posiadania uprawnień do wykonywania przedmiotowej działalności zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca przedłoży koncesję w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał jednak wskazania miejsca wykonania zamówienia, zastrzegł jedynie, że miejscem tym może być jedynie to, które zostało wskazane w koncesji.

W świetle powyższego uznać należy, że skoro Przystępujący przedłożył koncesję, której prawidłowość nie była kwestionowana (odpowiadała wymaganiom Zamawiającego, określonym w ogłoszeniu o zamówieniu), to nie sposób uznać, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający swoim badaniem objął miejsce wykonywania działalności, choć nie sformułował obowiązku wskazania powyższego w treści wniosku. W tej sytuacji, w ocenie Izby, nie był uprawniony do żądania wyjaśnień i domagania się podania tego miejsca przez wykonawcę i w konsekwencji dokonywania oceny okoliczności, które nie zostały wskazane jako te podlegające ocenie. Sytuacja ta jest niemożliwa do zaakceptowania i z tej przyczyny, że prowadziłoby to do sprzeniewierzenia się zasadzie równego traktowania wykonawców i dokonywania oceny na podstawie okoliczności, które nie zostały wyartykułowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz nie wymagały wykazania (potwierdzenia).

Reasumując stwierdzić należy, że skoro Zamawiający nie zakomunikował w treści ogłoszenia o zamówieniu, że należy wskazać miejsce wykonania zamówienia i na etapie

oceny wniosków Zamawiający sprawdzi, czy to miejsce odpowiada temu, wskazanemu w koncesji jako miejsce wykonywania działalności, to nie może po pierwsze, wymagać wskazania tych okoliczności przez wykonawcę, po drugie, dokonać ich oceny.

Dokonanego przez Zamawiającego zastrzeżenia, iż miejsce wykonania zamówienia nie może być inne niż miejsce wykonywania działalności przez wykonawcę, wskazane w koncesji, nie sposób również w ocenie Izby, kwalifikować, w świetle przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako elementu warunku udziału w postępowaniu. Nie są to bowiem okoliczności świadczące o posiadaniu uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Są to informacje, dotyczące sposobu realizacji zamówienia i jako takie winny być przedmiotem oferty i ewentualnie sformułowane jako wymóg w SIWZ.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, iż Zamawiający uprawnienia do wykonywania określonej działalności wiązał nie tylko z faktem posiadania koncesji i właściwego określenia miejsca wykonywania zamówienia (zgodnie z koncesją) – choć do przyjęcia powyższego nie ma podstaw, o czym była mowa wyżej – to w ocenie Izby, wskazanie przez Przystępującego na magazyn polowy mieszczący się na terenie Morskiej Stoczni Remontowej „Gryfia” S.A. z siedzibą w Szczecinie nie sprzeciwia się przepisom prawa i nie jest niedozwolone, w świetle przedłożonej koncesji i decyzji ją zmieniających.

Dostrzeżenia wymaga, że mocą decyzji nr 10 do rzeczony koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych, Przystępujący posiada uprawnienia do wykonywania usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej również na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania elementów broni oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym o rozmiarach uniemożliwiających ich przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych, zorganizowanych zgodnie z przepisami. Określenie tych magazynów i ich adresów, jak wynika z treści przedmiotowej decyzji, nie stanowi elementu treści koncesji. Informacje te znajdują się w dokumentach Spółki. Nie ma więc racji Odwołujący, który twierdzi, że skoro Morska Stocznia Remontowa „Gryfia” S.A. nie została wskazana w koncesji jako miejsce wykonywania działalności przez Przystępującego, to tym samym wymóg Zamawiającego zgodnie z którym miejsce wykonania zamówienia musi być zgodne z tym, określonym w koncesji, nie został spełniony. Uszło uwadze Odwołującego, że magazyn polowy można utworzyć w miejscu niewskazanym wprost w koncesji.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, choć powyższego Odwołujący nie uczynił podstawą zarzutów sformułowanych w odwołaniu, a co skutkuje brakiem podstaw do ich rozpoznania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), stąd też Izba jedynie na marginesie wskaże, że myli się Odwołujący, iż magazyn polowy służy wyłącznie do przechowywania wyrobów. W koncesji i w powołanej decyzji zmieniającej wskazano, że magazyn polowy przygotowany do przechowywania broni i wyrobów o przeznaczeniu lub policyjnym, zorganizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, może służyć do wytwarzania wyrobów i remontu

jednostek pływających marynarki wojennej przez Przystępującego. Powyższe potwierdziło również Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, dokonując niejako „wykładni autentycznej” spornej koncesji Przystępującego.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostają wskazywane przez Odwołującego postanowienia załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 27 października 2010 r. w sprawie pomieszczeń magazynowych i obiektów do przechowywania materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2010 r., Nr 222, poz. 1451), odnoszą się one bowiem do magazynu podręcznego a nie polowego.

Odwołujący kwestionował, że nie jest możliwe wykonywanie działalności przez Przystępującego na terenie Morskiej Stoczni Remontowej „Gryfia” S.A. wobec braku wpisania tego miejsca w koncesji. W toku rozprawy rozszerzył zaś zarzut twierdząc, że magazyn polowy nie służy do przeprowadzania remontów (o czym była mowa wyżej), natomiast nie kwestionował, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego remontu na terenie magazynu polowego z tej przyczyny, iż rozmiar wyrobu pozwala na jego przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych. Stąd też argumentację Przystępującego w tym aspekcie należało uznać za bezprzedmiotową.

Odnosząc się do zarzutu, że Odwołujący podając miejsce wykonania zamówienia niewskazane w koncesji naruszył tym samym przepis art. 8 pkt 2 ppkt 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2012 r., poz. 1017 ze zm.) stwierdzić należy, że jego rozstrzygnięcie w istocie wymagałoby stwierdzenia, czy zaistniały podstawy do wydania koncesji Przystępującemu. Wskazany przepis stanowi bowiem, że koncesji udziela się przedsiębiorcy, który udokumentował możliwość spełnienia warunków technicznych i organizacyjnych, zapewniających prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej objętej koncesją poprzez dołączenie opinii, o których mowa w art. 9. Adresatem tej normy nie jest Krajowa Izba Odwoławcza, koncesji udziela Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji a decyzja ta może być kwestionowana na gruncie postępowania administracyjnego a nie w toku postępowania odwoławczego.

Okoliczność, że Przystępujący nie dysponuje tytułem prawnym do nieruchomości i infrastruktury Odwołującego, nie korzysta z tego potencjału bezumownie, ani też nie posiada zgody syndyka na wykorzystanie tego majątku i wskazywanie Stoczni jako miejsca wykonywania działalności koncesjonowanej, jeśli nawet jest zgodna z prawdą, czego Odwołujący nie wykazał, pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy. Przedmiotem sporu była okoliczność, czy w świetle posiadanej koncesji, Przystępujący mógł wskazać magazyn polowy na terenie Morskiej Stoczni Remontowej „Gryfia” S.A. jako

miejsce wykonania przedmiotowego zamówienia. Ocenie zaś nie podlegało, czy mógł podać na potrzeby wydania koncesji jako miejsce wykonywania działalności Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w likwidacji, co wskazać należy, pozostaje poza kognicją Izby. Koncesji udziela w tym przedmiocie Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji i ten organ określa adres miejsca wykonywania działalności gospodarczej (art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym). Natomiast kwestionowanie tej decyzji jest dopuszczalne jedynie na drodze administracyjnej.

Zarzut naruszenia przepisu art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, 1503 ze zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie podlega rozpoznaniu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, gdyż brak substratu do oceny. Z mocy przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegają ocenie pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zaś, stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji możliwe jest jedynie w odniesieniu do oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), a więc na dalszym etapie postępowania, który w okolicznościach niniejszej sprawy jeszcze się nie ziścił.

Wadliwie sformułowane żądanie przez Odwołującego, wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie stanowi przeszkody do uwzględnienia odwołania. Choć rację ma Przystępujący, że nie jest możliwe odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Właściwą reakcją, w przypadku negatywnej weryfikacji rzeczonego wniosku, jest wykluczenie wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Biorąc jednak pod uwagę okoliczność, że Izba związana jest zarzutami odwołania (art. 192 ust. 1, 2 i 7 ustawy Pzp), natomiast brak takiego zastrzeżenia w odniesieniu do żądań odwołania, zatem stwierdzić należy, iż wadliwie sformułowane żądanie nie stoi na przeszkodzie rozpoznaniu odwołania.

Reasumując stwierdzić należy, że odwołanie podlegało oddaleniu z powodu braku po stronie Odwołującego legitymacji czynnej do jego wniesienia. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie jest uprawniony do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o okoliczności, które nie zostały wyartykułowane w SIWZ i których potwierdzenia nie żądał. Na marginesie odnotować zaś należy, iż w świetle spornej koncesji możliwe jest wykonywanie przez Przystępującego remontu jednostek pływających marynarki wojennej na terenie magazynów polowych. Miejsce utworzenia tych magazynów nie podlega ujawnieniu w koncesji, a jedynie musi być wskazane w dokumentach spółki. Zatem, nie było przeszkód do określenia jako miejsca wykonania przedmiotu zamówienia magazynu polowego na terenie Morskiej Stoczni Remontowej „Gryfia” S.A., choć ta nie została wymieniona w koncesji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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: