

Sygn. akt Krajowa Izba Odwoławcza 1311/10

Sygn. akt Krajowa Izba Odwoławcza 1312/10

Sygn. akt Krajowa Izba Odwoławcza 1313/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Anna Chudzik

Izabela Niedziałek- Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

w sprawie wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołań w dniu **25 czerwca 2010 r.** przez:

a) Konsorcjum: ERBUD S.A., WASKO S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A, (sygn. akt KIO1311/10),

b) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "Budopol" S.A., "MAXI-STAR" Sp. z o.o., Kaczmarek Tomasz PUHP "Maxi-Star Konstruktor", Ul. Fordońska, 85-739 Bydgoszcz, (sygn. akt KIO1312/10),

c) Konsorcjum firm: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A, Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A.; KSK Kompleksowe Systemy Komputerowe Sp. z o. o.; Plac Piastów, 44-100 Gliwice, (sygn. akt KIO1313/10),

od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego Miasto Gliwice, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: Polimex- Mostostal S. A., ADT Fire and Security Sp. z o. o., ul. Czackiego 15/ 17, 00-950 Warszawa** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygnaturze KIO1311/10 po stronie Zamawiającego którym jest Konsorcjum: ERBUD S.A., WASKO S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A.

orzeka:

w sprawie odwołania wniesionego przez:

a) Konsorcjum: ERBUD S.A., WASKO S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A, (sygn. akt KIO1311/10),

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**
- 2) Unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy Odwołującego**
- 3) wezwanie Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3**
- 4) dokonanie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego**

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Gliwice, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ERBUD S.A., WASKO S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A.****
- 2) dokonać wpłaty kwoty **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Miasto Gliwice, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., WASKO S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

w sprawie odwołania wniesionego przez:

b) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "Budopol" S.A., "MAXI-STAR" Sp. z o.o., Kaczmarek Tomasz PUHP "Maxi-Star Konstruktor", Ul. Fordońska, 85-739 Bydgoszcz, (sygn. akt KIO1312/10),

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "Budopol" S.A., "MAXI-STAR" Sp. z o.o., Kaczmarek Tomasz PUHP "Maxi-Star Konstruktor", Ul. Fordońska, 85-739 Bydgoszcz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "Budopol" S.A., "MAXI-STAR" Sp. z o.o., Kaczmarek Tomasz PUHP "Maxi-Star Konstruktor", Ul. Fordońska, 85-739 Bydgoszcz.**

w sprawie odwołania wniesionego przez:

c) Konsorcjum firm: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A, Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A.; KSK Kompleksowe Systemy Komputerowe Sp. z o. o.; Plac Piastów, 44-100 Gliwice, (sygn. akt KIO1313/10),

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- 1) **Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**
- 2) **Unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy Odwołującego**
- 3) **dokonanie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Gliwice, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A, Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A.; KSK Kompleksowe Systemy Komputerowe Sp. z o. o.; Plac Piastów, 44-100 Gliwice.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Miasto Gliwice, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** na rzecz **Konsorcjum firm: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A, Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A.; KSK Kompleksowe Systemy Komputerowe Sp. z o. o.; Plac Piastów, 44-100 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

a) (sygn. akt KIO1311/10)

Zamawiający, Miasto Gliwice, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 57-084551.

W dniu 25 czerwca Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Polimex-Mostostal do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, pomimo że Konsorcjum Polimex-Mostostal nie złożyło wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy;
- c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- d) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo że Odwołujący nie jest wykonawcą wykluczonym z postępowania;
- e) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący nie jest wykonawcą wykluczonym z udziału w postępowaniu;
- f) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy, poprzez zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, pomimo że nie zostały spełnione przesłanki zatrzymania wadium;

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
- c) unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego i dokonania czynności zwrotu tego wadium Odwołującemu,
- d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- e) dokonania czynności wezwania Konsorcjum Polimex-Mostostal do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy i ewentualnie dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum Polimex-Mostostal z postępowania,
- f) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W niniejszej sprawie Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego oraz wnosił o oddalenie odwołania, w szczególności wskazując na fakt, iż złożona przez Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. oferta zawierała wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty, które pozwoliły Zamawiającemu dokonać oceny spełniania warunków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy oraz zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku (a tym samym Odwołujący mógłby ponieść szkodę) w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż czynność wyboru oferty Konsorcjum Polimex-Mostostal przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy oraz potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie wykluczył i odrzucił ofertę Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Ponadto Odwołujący mógłby ponieść szkodę, w przypadku, gdyby

okazało się, iż zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego zostało dokonane bezzasadnie.

- 1) W zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie uprawnień budowlanych (naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust.3):

Zamawiający zamieścił w SIWZ następujący opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 8, ppkt 4, SIWZ):

„O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności: Wykonawca musi mieć do dyspozycji odpowiednio wykwalifikowany personel:

- kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz który przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego i posiada minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej jeden obiekt o powierzchni nie mniejszej niż 10.000 m²;
- kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz który przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego i posiada minimum 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych w swojej specjalności;
- kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz który przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego i posiada minimum 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych w swojej specjalności;
- kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz który przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego i posiada minimum 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych w swojej specjalności;

- kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej oraz który przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego i posiada minimum 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych w swojej specjalności;

- kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności drogowej oraz który przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego i posiada minimum 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych w swojej specjalności;

W przypadku podmiotów działających wspólnie osoby zdolne do wykonania zamówienia podlegają sumowaniu."

Na potwierdzenie tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy byli obowiązani złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami o treści ZAŁĄCZNIKA NR 3 do SIWZ (pkt 9, ppkt 1, tiret trzeci, SIWZ).

Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. załączyło do swojej oferty ww. wykaz wraz z życiorysami zawodowymi osób wskazanych w wykazie. Jednak w ocenie Odwołującego ani z wykazu osób ani z załączonych do wykazów życiorysów zawodowych nie wynika, że osoby wskazane przez Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. posiadają wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane.

Jako kierownika budowy Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. wskazało pana Ryszarda H. Zgodnie z SIWZ, kierownik budowy musi posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności

konstrukcyjno-budowlanej. W wykazie osób Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. podało jedynie informację, że pan Ryszard Horecki posiada uprawnienia „konstrukcyjno - budowlane”, nie wskazując, czy są to uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami.

Jako kierownika robót budowlanych Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. wskazało pana Piotra T. Zgodnie z SIWZ, kierownik robót budowlanych musi posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W wykazie osób Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. podało jedynie informację, że pan Piotr T. posiada uprawnienia „konstrukcyjno - budowlane”, nie wskazując, czy są to uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami.

Jako kierownika robót elektrycznych Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. wskazało pana Stanisława U. Zgodnie z SIWZ, kierownik robót elektrycznych musi posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. W wykazie osób Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. podało jedynie informację, że pan Stanisław U. posiada uprawnienia „instalacyjno-inżynierskie”, nie wskazując, czy są to uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Jako kierownika robót sanitarnych Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. wskazało pana Stanisława B. Zgodnie z SIWZ, kierownik robót sanitarnych musi posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. W wykazie osób Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. podało informację, że pan Stanisław B. posiada uprawnienia „instalacyjno-inżynierskie”, nie wskazując, czy są to uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Jako kierownika robót teletechnicznych Konsorcjum Polimex-Mostostal wskazało pana Jana P. Zgodnie z SIWZ, kierownik robót teletechnicznych musi posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej.

Tymczasem w wykazie osób Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. ograniczyło się do podania zdawkowej informacji, że pan Jan P. posiada uprawnienia „instalacyjne”, rozszerzając następnie tę informację w załączonym życiorysie zawodowym pana Jana P. o wskazanie, że posiada on „uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych”. Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. nie wskazało zatem, czy uprawnienia posiadane przez pana Jana P. to wymagane w SIWZ uprawnienia budowlane bez ograniczeń.

Jedynie w przypadku kierownika robót drogowych, tj. pana Leszka Paprockiego, Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. w załączonym do wykazu osób życiorysie zawodowym pana Leszka P. wprost podało, że posiada on wymagane w SIWZ uprawnienia budowlane, dokładnie opisując rodzaj posiadanych przez niego uprawnień.

Zamawiający nie wzywał Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób w trybie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący domagał się wezwania Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. do uzupełnienia w tym zakresie, poprzez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie uprawnień budowlanych posiadanych przez osoby wskazane w wykazie.

W przypadku zaś, gdy Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. nie uzupełniłoby wykazu osób lub jeżeli uzupełniony dokument nie będzie potwierdzał spełniania przez Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, Odwołujący domagał się wykluczenia Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. z postępowania.

Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje poprzez złożenie żądanych przez Zamawiającego dokumentów. Z dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu musi wynikać jednoznacznie, że wykonawca spełnia te warunki. Z treści złożonego w ofercie dokumentu (załącznik nr 3) w niniejszym postępowaniu nie można było jednoznacznie stwierdzić, iż wykonawca spełnił warunki wymienione w

SIWZ. Zamawiający w niniejszej sprawie oparł swoje przeświadczenie o zgodności treści oferty Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. z treścią SIWZ na domniemaniach oraz przypuszczeniach. W kwestii uprawnień budowlanych nie powinno być miejsca na tego rodzaju domniemanie. Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. winno w sposób nie budzący wątpliwości opisać posiadane przez poszczególne osoby uprawnienia, tak, by potwierdzały wszystkie wymogi, jakie Zamawiający postawił w SIWZ osobom wykonującym zamówienie.

Powyższe potwierdza także ugruntowane już stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. „Dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Dokumenty na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach (wyrok KIO z dnia 2 września 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 854 /08)”.

Na uwagę w niniejszej sprawie zasługuje także fakt, iż Zamawiający wymagał w SIWZ zawarcia w załączniku nr 3 oświadczenia, które będzie potwierdzało, iż osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia. W załączniku nr 3 przedłożonym w ofercie przez Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. brak jest takiego oświadczenia. Powyższe także potwierdza fakt, iż uzasadnione może stać się twierdzenie Odwołującego o braku wymaganych uprawnień przez osoby wykazane w ofercie Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o., a także wskazuje na fakt niezłożenia w ofercie Konsorcjum wymaganych oświadczeń.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

- 2) W zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie decyzji o zmianie koncesji (naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust.3):

Zamawiający wymagał w SIWZ aby Wykonawcy przedłożyli aktualną koncesję Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (Dz.U.1997.114.740 z póź. zmianami).

Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. złożyło koncesję posiadaną przez członka Konsorcjum, tj. firmę ADT Fire and Security Sp. z o.o., wraz z szeregiem decyzji zmieniających pierwotną treść tej koncesji. Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o., koncesja firmy ADT Fire and Security Sp. z o.o. została zmieniona m.in. decyzją z dnia 11.07.2003 r. Nr ZK-I/M-735/03/BG. Jak zauważył Odwołujący, kopia tej decyzji nie została załączona do oferty. Odwołujący podnosi, iż w związku z powyższym nie wiadomo, jaką treść ma aktualnie koncesja posiadana przez firmę ADT Fire and Security Sp. z o.o., gdyż nie wiadomo jakie zmiany w treści tej koncesji wprowadziła ww. brakującą decyzją z dnia 11.07.2003 r. Nr ZK-I/M-735/03/BG. Należy dodać, iż Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. załączyło do swojej oferty załączyło siedem innych decyzji zmieniających koncesję firmy ADT Fire and Security Sp. z o.o.

Odwołujący domaga się, aby Zamawiający wezwał Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu - decyzji z dnia 11.07.2003 r. Nr ZK-I/M-735/03/BG, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku gdyby Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. nie uzupełniło decyzji z dnia 11.07.2003 r. Nr ZK-I/M-735/03/BG, względnie jeżeli uzupełniony dokument nie potwierdzał spełniania przez Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, Odwołujący domaga się wykluczenia Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. z postępowania.

Zdaniem Izby powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia. Zakres koncesji posiadanej przez konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o. wynika wprost ze złożonej w ofercie decyzji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 marca 2010 r. do koncesji Nr L-0223/03 wydanej na rzecz członka konsorcjum - ADT Fire and Security Sp. z o.o. Treść wymienionej decyzji potwierdza spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności pełny zakres koncesji, wymagany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Jest to decyzja wydana w ostatnim czasie. Jak potwierdził załączony do treści przystąpienia dokument - decyzja z dnia 11.07.2003 r. Nr ZK-I/M-735/03/BG, treść tej decyzji nie zmienia podmiotu uprawnionego ani też zakresu ww. koncesji.

- 3) W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i naruszenie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez uznanie jego oferty za odrzuconą:

Zamawiający wymagał w SIWZ aby Wykonawcy przedłożyli aktualną koncesję Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (Dz.U.1997.114.740 z póź. zmianami)".

Podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego, jaką wskazał Zamawiający, było niewykazanie posiadania koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, mimo wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia tego braku w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący (jeden z członków konsorcjum – WASKO S.A.) przedłożył w ofercie koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Zamawiający uznał, iż z treści koncesji wynika, iż o wydanie jej w takim zakresie (i tylko takim) wnoszono.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Zamawiający zapisał wymóg w SIWZ, aby wykonawcy wykazali się posiadaniem koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego.

Zdaniem Zamawiającego, z powyższych okoliczności wynika to, iż WASKO S.A., a przez to konsorcjum, nie posiada koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, gdyż posiada

koncesję wyłącznie na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie ochrony mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego.

Wobec takiej oceny ww. koncesji, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w zakresie koncesji w trybie art. 26 ust. 3.

Odwołujący, odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia, przekazał Zamawiającemu ponownie kopię koncesji posiadanej przez WASKO S.A. wraz z kopią decyzji do tej koncesji z dnia 03 lutego 2005 r., zmieniającej treść koncesji w zakresie firmy WASKO S.A., jej siedziby i adresu oraz zarządu Spółki. Odwołujący podkreślił przy tym, że pozostałe dane objęte koncesją nie uległy zmianie, w tym nie zmienił się zakres udzielonej koncesji. Kierując się ostrożnością i działając na wypadek, gdyby Zamawiający ponownie uznał, że koncesja posiadana przez WASKO S.A. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, przekazał Zamawiającemu również kopię aktualnej koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, udzielonej KOMPLEKS SECURITY Sp. z o.o. (obecnie Konsalnet Security Sp. z o.o.) z siedzibą w Warszawie pod adresem ul. Przasnyska 6a. Jednocześnie Odwołujący oświadczył Zamawiającemu, że Konsalnet Security Sp. z o.o. oddała Odwołującemu do dyspozycji posiadaną przez siebie ww. koncesję na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy jako zasób niezbędny do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że powierzy Konsalnet Security Sp. z o.o. jako swojemu podwykonawcy wykonanie tej części przedmiotowego zamówienia, której wykonanie wymaga posiadania koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego.

Oprócz kopii koncesji posiadanej przez Konsalnet Security Sp. z o.o. Odwołujący przekazał również Zamawiającemu wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty i oświadczenia dotyczące Konsalnet Security Sp. z o.o.

Powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie koncesji posiadanej przez WASKO S.A.

Zamawiający określił w SIWZ, iż jednym z zadań wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia jest demontaż istniejącego monitoringu oraz wykonanie instalacji monitoringu. Ponadto, w zakresie wymaganych dokumentów, Zamawiający oczekiwał od Wykonawców

przedstawienia koncesji wydanej przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Zatem w SIWZ Zamawiający określił, iż oczekuje od wykonawców realizowania usługi ochrony w formie zabezpieczenia technicznego. Biorąc więc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) oraz postawiony w SIWZ wymóg należy uznać, że Odwołujący, na podstawie treści złożonej oferty, spełnił warunki udziału w tym postępowaniu. Przedłożył bowiem koncesję odpowiadającą swym zakresem wymogom Zamawiającego – koncesję na zakres ochrony realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego, co odpowiada także zakresowi określonemu w przedmiocie zamówienia.

Ustawa o ochronie osób i mienia posługuje się łącznym pojęciem „ochrona osób i mienia”. Określa zasady prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia i o takiej działalności gospodarczej mówi (np. art. 19, art.22, art. 23, art. 25, art. 55 ust. 2, art. 56 ustawy o ochronie osób i mienia). W art. 3 ustawy wyraźnie zostały rozróżnione formy ochrony osób i mienia. Są to: wymieniona w punkcie 1) forma bezpośredniej ochrony fizycznej oraz wymieniona w punkcie 2) forma zabezpieczenia technicznego. Ochrona osób i mienia w formie zabezpieczenia technicznego może polegać na montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania lub montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. Zastosowana przez ustawodawcę konstrukcja art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia jednoznacznie wskazuje, iż wymienione w tym artykule formy realizowania ochrony (bezpośrednia ochrona fizyczna oraz zabezpieczenie techniczne) w swym zakresie odnoszą jednocześnie do ochrony osób i mienia. Przesądza o tym zastosowanie koniunkcji w wyrażeniu: „ochrona osób i mienia realizowana jest w formie (...)”. Zastosowanie koniunkcji (spójnik „i”) oznacza, że wyrażenie jest prawdziwe tylko wtedy, gdy prawdziwe są oba człony wyrażenia. Tym samym na gruncie art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia nie jest możliwe rozdzielenie form realizacji ochrona na ochronę osób (która mogłaby być realizowana w formie bezpośredniej ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego) oraz oddzielnie na ochronę mienia (także realizowana w formie bezpośredniej ochrony fizycznej oraz zabezpieczenia technicznego). Zastosowanie koniunkcji w wyrażeniu „ochrona osób i mienia” oznacza, że każda z form realizacji ochrony wskazana w treści art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia odnosi się jednocześnie do ochrony osób oraz ochrony mienia.

Z treści przedłożonej przez Odwołującego koncesji wynika, iż została wydana na podstawie art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie osób i mienia, a więc obejmuje ochronę osób i

mienia realizowaną w formie zabezpieczenia technicznego. Zabezpieczenie techniczne, do wykonywania którego członek Konsorcjum - Odwołujący posiada koncesję, obejmuje więc m. in. montaż elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia.

Zakres i forma koncesji Odwołującego określone zostały poprzez wskazanie w treści koncesji podstawy prawnej. Zacytowanie treści ww. przepisu w koncesji lub brak zacytowania przepisu jest jedynie kwestią formalną i w żaden sposób nie ogranicza zakresu lub formy udzielonej koncesji.

Podkreślić należy fakt, iż Koncesja wydana na podstawie art. 3 pkt 2 obejmuje ochronę osób i mienia (co wynika wprost z literalnego brzmienia przywołanego przepisu). Nie obejmuje zaś bezpośredniej ochrony fizycznej, która stanowi inną formę wykonywania działalności gospodarczej usług ochrony osób i mienia (określoną w art. 3 pkt 1).

Powyższe potwierdza także przedłożony w toku rozprawy Informator dla przedsiębiorców ubiegających się o wydanie koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, wydany przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wraz z załączonym gotowym wzorem do wypełnienia – wnioskiem o wydanie koncesji (promesy) na prowadzenie działalności gospodarczej. W punkcie III niniejszego wniosku pn. „Zakres wnioskowanej działalności gospodarczej” znajdują się pola do wypełnienia. Wniosek nie rozróżnia możliwości oddzielenia usługi ochrony osób od usługi ochrony mienia. Przewiduje natomiast rozróżnienie formy ochrony, tj. wypełniający może zaznaczyć wybór jako formy ochrony bezpośrednią ochronę fizyczną lub też zabezpieczenie techniczne (lub każdą z tych opcji).

Różnorodne określanie zakresu koncesji w jej tytule może wynikać z niejednolitej praktyki MSWiA, co potwierdzają oświadczenia Wykonawców złożone na rozprawie.

Izba podziela natomiast stanowisko Zamawiającego, iż Wykonawca błędnie interpretuje przepis 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przedmiotem udostępnienia mogą być zatem: 1) wiedza i doświadczenie, 2) potencjał techniczny, 3) osoby zdolne do wykonania zamówienia, 4) zdolności finansowe. Przedmiotem udostępnienia **nie mogą** być natomiast posiadane uprawnienia do wykonywania określonej działalności, jak w niniejszym postępowaniu koncesja na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Posiadanie koncesji rozumianej jako decyzja administracyjna oraz jako nadane przez administrację publiczną uprawnienie do

prowadzenia określonej działalności nie mieści się (zawiera) w pojęciach: 1) wiedza i doświadczenie, 2) potencjał techniczny, nie mówiąc już o osobach zdolnych wykonać zamówienie (3) oraz zdolnościach finansowych (4).

Jak słusznie zauważył Zamawiający, przekazanie koncesji tak jak rozumie to Odwołujący się prowadziłoby do ominięcia przepisów ustawy o ochronie osób i mienia, których celem jest reglamentacja działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia. Koncesja jest przypisana indywidualnie oznaczonemu podmiotowi, który nie może przenosić uprawnień z tytułu koncesji na inne podmioty. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wprowadza wyjątku od tej zasady.

Stanowisko Izby w tym zakresie potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego. W wyroku z dnia 03.12.2002 r. (II SA 692/01, LEX nr 157689), Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Nie można przekazać uprawnień z koncesji na rzecz innego podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy).”

Z kolei w wyroku także z dnia 03.12.2002 r., (II SA 693/01, LEX nr 157683), Naczelny Sąd Administracyjny wyraził następujący pogląd:

„1. Podjąć i prowadzić działalność gospodarczą w dziedzinach objętych koncesjonowaniem może tylko ten imiennie określony podmiot, któremu właściwy organ państwowy udzielił koncesji.

2. Uprawnienie ze sfery prawa administracyjnego przyznane konkretnemu, imiennie oznaczonemu podmiotowi prawa decyzją administracyjną nie może być przedmiotem obrotu prawnego. Przedmiotem takiego obrotu nie może być sama koncesja na prowadzenie działalności gospodarczej ani uprawnienia z niej wynikające.”

Należy podkreślić, że w specyfikacji Zamawiający wprost określił, iż to wykonawca winien posiadać koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, nie zaś podwykonawca (pkt 8.1 SIWZ). Zatem wymaganie Zamawiającego było sformułowane w sposób nie budzący wątpliwości i nie stanowiło przedmiotu protestu ze strony wykonawców.

Ponadto, w niniejszej sprawie istotne znaczenie ma fakt, iż przedsiębiorca pod firmą Konsalnet Security Sp, z o.o. został przez Odwołującego wskazany jako (ewentualnie) podwykonawca dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2b, nie został natomiast wymieniony jako podwykonawca w złożonej ofercie. Takie działanie prowadzi do zmiany treści oferty po upływie terminu otwarcia ofert, co w świetle obowiązującego prawa jest niedopuszczalne (art. 84 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Wykonawca zobowiązany był do określenia w ofercie, jaki zakres zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. Odwołujący nie tylko nie wskazał jako podwykonawcy firmy Konsalnet

Security Sp. z o.o., ale także nie wskazał usług objętych koncesją – usług ochrony realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego jako prace, które zostaną zlecone podwykonawcy.

4) W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy, poprzez zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego:

Odwołujący, odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, przekazał Zamawiającemu ponownie kopię koncesji posiadanej przez członka konsorcjum WASKO S.A. wraz z kopią decyzji 2 do tej koncesji z dnia 03 lutego 2005 r., zmieniającej treść koncesji w zakresie firmy WASKO S.A., jej siedziby i adresu oraz zarządu Spółki. Jednocześnie Odwołujący, kierując się przy tym wyłącznie ostrożnością i działając wyłącznie na wypadek, gdyby Zamawiający ponownie uznał, że koncesja posiadana przez WASKO S.A. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, przekazał Zamawiającemu również kopię aktualnej koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, udzielonej KOMPLEKS SECURITY Sp. z o.o. (obecnie Konsalnet Security Sp. z o.o.).

Odwołujący wskazuje i podkreśla, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zatem w świetle literalnego brzmienia ww. przepisu jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie ma prawa zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu. Utratą wadium sankcjonowana jest zatem wyłącznie bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, skoro Odwołujący uzupełnił dokumenty na żądanie Zamawiającego.

Ponadto, jak zauważa Odwołujący, nieuzupełnienie koncesji przez Odwołującego nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania, a w szczególności nie doprowadziło do tego, iż „zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę”. Ofertę z najniższą ceną złożyło Konsorcjum Polimex-Mostostal i to właśnie

ta oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Okoliczność ta dowodzi zatem, że nie mamy tutaj do czynienia z grupą wykonawców działających w porozumieniu i dążących do udzielenia zamówienia temu z nich, który zaoferował najwyższą cenę.

Na podstawie powyższej wskazanych okoliczności – w zakresie powyżej wymienionych zarzutów, należy przyznać, iż nie zaistniała podstawa faktyczna ani prawna do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ani odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W konsekwencji należy także uznać, iż podjęcie decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy również było nieuzasadnione.

Izba podziela stanowisko Wykonawcy, iż sankcją za nieprzedłużenie na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów jest wykluczenie Wykonawcy, nie zaś zatrzymanie wadium.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

b) (sygn. akt KIO1312/10)

Zamawiający, Miasto Gliwice, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 57-084551.

Zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu, postawił wymóg, posiadania koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (Dz. U. z 1997 r., Nr 114, poz. 740 z późn. zm.). W celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Wykonawcy zobowiązani byli złożyć do oferty aktualną koncesję.

W złożonej przez Odwołującego ofercie znajdowała się Koncesja Nr L-0894/00 udzielona przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji „Pointel” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 199, 85-739 Bydgoszcz oraz Decyzja 2 do koncesji Nr L-0894/00, wydana przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w dniu 28 grudnia 2007 r. kserokopie potwierdzone za zgodność z oryginałem.

W dniu 26 maja 2010 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m. in., w zakresie aktualnej koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. W treści pisma zostało podniesione, iż załączona do złożonej oferty koncesja została udzielona podwykonawcy „Pointel” Sp. z o.o., nie zaś Wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia.

Z odpowiedzi na wezwanie, udzielonej przez Odwołującego w dniu 31 maja 2010 r. wynikało, w szczególności, że żądana koncesja została użyczona Odwołującemu przez „Pointel” Sp. z o.o., zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Odwołujący przewiduje zatrudnienie personelu kierowniczego podwykonawcy - „Pointel” Sp. z o.o. przy realizacji prac objętych koncesją, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił uprawnienia zawodowe członków personelu wraz ze zobowiązaniem do ich udostępnienia.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania argumentując, że złożona oferta nie zawiera wymaganej koncesji, zaś Koncesja Nr L-0894/00 została udzielona „Pointel” Sp. z o.o., który jest podwykonawcą, nie zaś wykonawcą ubiegającym się o zamówienie.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, twierdząc, że:

1) Celem postawienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu było zapewnienie, że prace w zakresie ochrony osób i mienia realizowane w formie zabezpieczenia technicznego zostaną wykonane przez podmiot, który jest zdolny do ich wykonania, tj. przez podmiot posiadający stosowną koncesję. Ze złożonej oferty wynika, że cel ów został zrealizowany.

2) Zamawiający nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie zastrzegł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż część zamówienia polegająca na pracach w zakresie ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego nie może być powierzona podwykonawcom. Tym samym, prace te mogą być zrealizowane przez podwykonawcę, o ile podwykonawca ów posiada stosowną koncesję, zaś jednoczesne żądanie posiadania przez wykonawcę koncesji jest, w takim przypadku, zbędne.

3) Posiadanie koncesji jest, podobnie jak np. sytuacja ekonomiczna i finansowa, określonym

zasobem danego podmiotu, którym podmiot ów może dysponować i z którego może korzystać w granicach zakreślonych przepisami prawa.

Informując o zatrzymaniu wadium, Zamawiający jako podstawę faktyczną zatrzymania, wskazał okoliczność, iż Odwołujący nie uzupełnił dokumentu pomimo wezwania do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego nie sposób jednak zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, gdyż:

1) Celem przepisu zawartego w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapobieżenie sytuacjom, w których grupa 3 powołanej ustawy, żeby po zapoznaniu się w ofertami innych wykonawców, celowo tych dokumentów nie uzupełnia. W przedmiotowym przypadku, za najkorzystniejszą została uznana oferta zawierająca cenę niższą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, co przesądza, iż takie „porozumienie” pomiędzy Wykonawcami nie miało miejsca.

2) Zamawiający nie umożliwił udowodnienia, że nie złożenie dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po stronie Odwołującego (niezależnie od zasadności oceny zaistnienia innych przesłanek zawartych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) Odstąpienie od czynności wykluczenia nas z postępowania i uznania złożonej przez Odwołującego oferty za odrzuconą;
- 3) Odstąpienie od czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty;
- 4) Powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Interes Odwołującego mógłby doznać uszczerbku (a tym samym Odwołujący mógłby ponieść szkodę) w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i w przypadku, gdyby okazało się, iż zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego zostało dokonane bezzasadnie.

W niniejszej sprawie bezsporne jest, iż Zamawiający wymagał posiadania przez Wykonawców posiadania koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (Dz. U. z 1997 r., Nr 114, poz. 740 z późn. zm.).

Odwołujący, nie posiadając stosownej koncesji, przedłożył koncesję firmy proponowanej jako podmiot określony w przepisie 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych lub jako podwykonawca.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż Wykonawca błędnie interpretuje przepis 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przedmiotem udostępnienia mogą być zatem: 1) wiedza i doświadczenie, 2) potencjał techniczny, 3) osoby zdolne do wykonania zamówienia, 4) zdolności finansowe. Przedmiotem udostępnienia **nie mogą** być natomiast posiadane uprawnienia do wykonywania określonej działalności, jak w niniejszym postępowaniu koncesja na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Posiadanie koncesji rozumianej jako decyzja administracyjna oraz jako nadane przez administrację publiczną uprawnienie do prowadzenia określonej działalności nie mieści się (zawiera) w pojęciach: 1) wiedza i doświadczenie, 2) potencjał techniczny, nie mówiąc już o osobach zdolnych wykonać zamówienie (3) oraz zdolnościach finansowych (4).

Jak słusznie zauważył Zamawiający przekazanie koncesji tak jak rozumie to odwołujący się prowadziłoby do omięcia przepisów o ochronie osób i mienia, których celem jest reglamentacja działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia. Koncesja jest przypisana indywidualnie oznaczonemu podmiotowi, który nie może przenosić uprawnień z tytułu koncesji na inne podmioty. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wprowadza wyjątku od tej zasady.

Stanowisko Izby w tym zakresie potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego. W wyroku z dnia 03.12.2002 r. (II SA 692/01, LEX nr 157689), Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził:

„Nie można przekazać uprawnień z koncesji na rzecz innego podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy).”

Z kolei w wyroku także z dnia 03.12.2002 r., (II SA 693/01, LEX nr 157683), Naczelny Sąd Administracyjny wyraził następujący pogląd:

„1. Podjąć i prowadzić działalność gospodarczą w dziedzinach objętych koncesjonowaniem może tylko ten imiennie określony podmiot, któremu właściwy organ państwowy udzielił koncesji.

2. Uprawnienie ze sfery prawa administracyjnego przyznane konkretnemu, imiennie oznaczonemu podmiotowi prawa decyzją administracyjną nie może być przedmiotem obrotu prawnego. Przedmiotem takiego obrotu nie może być sama koncesja na prowadzenie działalności gospodarczej ani uprawnienia z niej wynikające.”

Należy podkreślić, że w specyfikacji zamawiający wprost określił iż to wykonawca winien posiadać koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, nie zaś podwykonawca (pkt 8.1 SIWZ). Zatem wymaganie Zamawiającego było sformułowane w sposób nie budzący wątpliwości i nie stanowiło przedmiotu protestu ze strony wykonawców.

Zatem zarzut w tym zakresie nie znajduje potwierdzenia.

W niniejszej sprawie należy przyznać, iż nie zaistniała podstawa faktyczna do zatrzymania wadium. Bezspornym jest fakt, iż Wykonawca przedłożył na wezwanie Zamawiającego dokumenty. Faktem jest też, iż ocena dokumentów pod kątem ich zgodności z wymogami SIWZ była w niniejszej sprawie sporna. Nie można zatem karać wykonawcy za przedłożenie dokumentów, które w ocenie Zamawiającego (nie zaś Odwołującego) nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba podziela stanowisko Wykonawcy, iż sankcją za nieprzedłożenie na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów jest wykluczenie Wykonawcy, nie zaś zatrzymanie wadium.

W konsekwencji należy także uznać, iż podjęcie decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy było nieuzasadnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba nie przyznała Zamawiającemu kosztów obsługi prawnej, ponieważ przedstawiona faktura wystawiona została w miesiącu czerwcu.

c) (sygn. akt KIO1313/10)

Zamawiający, Miasto Gliwice, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 57-084551.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą PZP) i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Ponadto podjął decyzję o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy.

W uzasadnieniu tych czynności Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego nie zawiera aktualnej Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (zgodnie z zapisem w ust. 9 pkt 1) tiret drugi SIWZ), a załączona do oferty Koncesja Nr L-0758/01 jest koncesją zezwalającą na działalność w zakresie ochrony mienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca przedłożył kolejną potwierdzoną „za zgodność z oryginałem” kserokopię koncesji Nr L-0758/01 załączonej do oferty. Zamawiający stwierdził jednak, że przedłożony dokument nie spełnia warunku z SIWZ i że Odwołujący nie uzupełnił dokumentu. Na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Zamawiający zatrzymał wadium Wykonawcy.

Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem i wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2010r.

Twierdził, że czynność wykluczenia Odwołującego i co za tym idzie odrzucenie jego oferty jest bezprawne, zatem decyzja o zatrzymaniu wadium Odwołującemu również jest bezprawna.

Zdaniem Odwołującego, rozstrzygnięcie powyższe narusza postanowienia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 46 ust. 4a i art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 46 ust. 4a i art. 26 ust. 3 ustawy.

Wnosi o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania poprzez wybór oferty najkorzystniejszej POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. i ADT Fire and Security Sp. z o.o.,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
4. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na podjęciu o zatrzymaniu wadium Odwołującego,
5. z ostrożności procesowej gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła twierdzeń Odwołującego na temat bezzasadności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty -powtórzenie zaniechanych czynności,
6. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ,
5. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W postępowaniu jednym z warunków udziału, określonym przez Zamawiającego w SIWZ w pkt 8 ppkt 1. tiret pierwszy, było cyt.: „posiadanie przez Wykonawcę koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (Dz.U.1997.114.740 z póź. zmianami)”. Natomiast w pkt 9 ppkt 1) SIWZ Zamawiający określił dokumenty, jakie należy złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - tiret drugi stanowi cyt.: „aktualną koncesję Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego (Dz.U. 1997.114.740 z póź. zmianami)”.

Zdaniem Odwołującego ustawa o ochronie osób i mienia posługuje się tylko łącznym pojęciem „ochrona osób i mienia”. Ustawa określa w art. 3 formy ochrony osób i mienia, jedną z nich jest forma zabezpieczenia technicznego. Określenie przez Zamawiającego doprecyzowania warunku, czyli stwierdzenia, że usługa ochrony ma być „realizowana w formie zabezpieczenia technicznego” daje pełny obraz czego oczekiwał Zamawiający. Zatem opis przedmiotu niniejszego postępowania oraz postawiony w SIWZ warunek wskazują, że Odwołujący spełnił warunki udziału w tym postępowaniu.

Przedłożona przez Odwołującego koncesja została wydana na podstawie art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie osób i mienia, z treści którego wynika, że obejmuje on ochronę osób i mienia. Zabezpieczenie techniczne, do wykonywania którego członek Konsorcjum -

Odwołujący posiada koncesję obejmuje m. in. montaż elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia.

Odwołujący twierdzi, iż spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Gdyby jednak Zamawiający ocenił inaczej przedłożone przez niego dokumenty (zarówno dołączone do oferty, jak i na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), to nie stanowi to przesłanki do podjęcia decyzji o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy. Artykuł ten przewiduje sytuacje, kiedy wykonawca w ogóle nie odpowie na wezwanie Zamawiającego lub nie wykaże staranności aby uzyskać i przedłożyć Zamawiającemu żądane dokumenty. Takie uzupełnienie musi być obiektywnie możliwe do dokonania.

Odwołujący podniósł także zarzut zaniechania przez Zamawiającego wymienionych na wstępie czynności. Wykonawcy:

- a) Konsorcjum firm: ALPINE Construction Polska Sp. z o.o. z Krakowa, ALPINE Bau Deutschland AG Niemcy, PIECEXPORT - PIECBUD S.A. z Dąbrowy Górniczej, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie,
- b) Konsorcjum firm: WARBUD S.A. z Warszawy, QUMAK - SEKOM S.A. z Bielska-Białej,
- c) Zakład Techniczno - Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z Opola, Elektromontaż Rzeszów S.A. z Rzeszowa

załączyli do swoich ofert Koncesje opisujące identycznie jak w Koncesji Odwołującego zakres usług i wydane identycznie jak u Odwołującego na podstawie art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie osób i mienia. Jedyna różnica polegała na tym, że w treści tych trzech Koncesji została zacytowana treść przepisu będącego podstawą ich wydania. Wykonawcy nie zostali wezwani do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, nie zostali wykluczeni, ani nie odrzucono ich ofert. Takie postępowanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, niewątpliwie jest traktowaniem w różny sposób różnych Wykonawców.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Interes Odwołującego w mógłby doznać uszczerbku (a tym samym

Odwołujący mógłby ponieść szkodę) w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i w przypadku, gdyby okazało się, iż zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego zostało dokonane bezzasadnie.

Zamawiający określił w SIWZ, iż jednym z zadań wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia jest demontaż istniejącego monitoringu oraz wykonanie instalacji monitoringu. Ponadto, w zakresie wymaganych dokumentów, Zamawiający oczekiwał od Wykonawców przedstawienia koncesji wydanej przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Zatem w SIWZ Zamawiający określił, iż oczekuje od wykonawców realizowania usługi ochrony w formie zabezpieczenia technicznego. Biorąc więc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) oraz postawiony w SIWZ wymóg należy uznać, że Odwołujący, na podstawie treści złożonej oferty (m. in. Koncesja Nr L-0758/01), spełnił warunki udziału w tym postępowaniu. Przedłożył bowiem koncesję odpowiadającą swym zakresem wymaganiom Zamawiającego – koncesję na zakres ochrony realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego, co odpowiada także zakresowi określonemu w przedmiocie zamówienia.

Ustawa o ochronie osób i mienia posługuje się łącznym pojęciem „ochrona osób i mienia”. Określa zasady prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia i o takiej działalności gospodarczej mówi (np. art. 19, art.22, art. 23, art. 25, art. 55 ust. 2, art. 56 ustawy o ochronie osób i mienia). W art. 3 ustawy wyraźnie zostały rozróżnione formy ochrony osób i mienia. Są to: wymieniona w punkcie 1) forma bezpośredniej ochrony fizycznej oraz wymieniona w punkcie 2) forma zabezpieczenia technicznego. Ochrona osób i mienia w formie zabezpieczenia technicznego może polegać na montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania lub montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. Zastosowana przez ustawodawcę konstrukcja art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia jednoznacznie wskazuje, iż wymienione w tym artykule formy realizowania ochrony (bezpośrednia ochrona fizyczna oraz zabezpieczenie techniczne) w swym zakresie odnoszą jednocześnie do ochrony osób i mienia. Przesądza o tym zastosowanie koniunkcji w wyrażeniu: „ochrona osób i mienia realizowana jest w formie (...)”. Zastosowanie koniunkcji (spójnik „i”) oznacza, że wyrażenie jest prawdziwe tylko wtedy, gdy prawdziwe są oba człony wyrażenia. Tym samym na gruncie art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia nie jest możliwe rozdzielenie form realizacji ochrona na ochronę osób (która mogłaby być realizowana w

formie bezpośredniej ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego) oraz oddzielnie na ochronę mienia (także realizowana w formie bezpośredniej ochrony fizycznej oraz zabezpieczenia technicznego). Zastosowanie koniunkcji w wyrażeniu „ochrona osób i mienia” oznacza, że każda z form realizacji ochrony wskazana w treści art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia odnosi się jednocześnie do ochrony osób oraz ochrony mienia.

Z treści przedłożonej przez Odwołującego koncesji wynika, iż została wydana na podstawie art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie osób i mienia, a więc obejmuje ochronę osób i mienia realizowaną w formie zabezpieczenia technicznego. Zabezpieczenie techniczne, do wykonywania którego członek Konsorcjum - Odwołujący posiada koncesję, obejmuje więc m. in. montaż elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia.

Zakres i forma koncesji Odwołującego określone zostały poprzez wskazanie w treści koncesji podstawy prawnej. Zacytowanie treści ww. przepisu w koncesji lub brak zacytowania przepisu jest jedynie kwestią formalną i w żaden sposób nie ogranicza zakresu lub formy udzielonej koncesji.

Podkreślić należy fakt, iż Koncesja wydana na podstawie art. 3 pkt 2 obejmuje ochronę osób i mienia (co wynika wprost z literalnego brzmienia przywołanego przepisu). Nie obejmuje zaś bezpośredniej ochrony fizycznej, która stanowi inną formę wykonywania działalności gospodarczej usług ochrony osób i mienia (określoną w art. 3 pkt 1).

Powyższe potwierdza także przedłożony przez Odwołującego w toku rozprawy Informator dla przedsiębiorców ubiegających się o wydanie koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, wydany przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wraz z załączonym gotowym wzorem do wypełnienia – wnioskiem o wydanie koncesji (promesy) na prowadzenie działalności gospodarczej. W punkcie III niniejszego wniosku pn. „Zakres wnioskowanej działalności gospodarczej” znajdują się pola do wypełnienia. Wniosek nie rozróżnia możliwości oddzielenia usługi ochrony osób od usługi ochrony mienia. Przewiduje natomiast rozróżnienie formy ochrony, tj. wypełniający może zaznaczyć wybór jako formy ochrony bezpośrednią ochronę fizyczną lub też zabezpieczenie techniczne (lub każdą z tych opcji).

Różnorodne określanie zakresu koncesji w jej tytule może wynikać z niejednolitej praktyki MSWiA, co potwierdzają oświadczenia Wykonawców złożone na rozprawie.

Izba uznała za uzasadniony także fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy. Dokonując czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający pominął fakt, iż inni Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, załączyli

do swoich ofert Koncesje wydane na identycznej jak u Odwołującego podstawie prawnej, tj. art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie osób i mienia. Jedyna różnica polegała na tym, że w treści Koncesji niektórych Wykonawców została zacytowana treść przepisu będącego podstawą ich wydania (art. 3 ust. 2). Wykonawcy, pomimo iż znaleźli się w jednakowej sytuacji jak Odwołujący, nie zostali wezwani do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, nie zostali wykluczeni oraz oferty przez nich złożone nie zostały odrzucone. Takie postępowanie Zamawiającego z pewnością nie zapewnia równego traktowania Wykonawców.

Na podstawie powyższego należy przyznać, iż nie zaistniała podstawa faktyczna ani prawna do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ani odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W konsekwencji należy także uznać, iż podjęcie decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy również było nieuzasadnione.

Izba podziela stanowisko Wykonawcy, iż sankcją za nieprzedłużenie na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów jest wykluczenie Wykonawcy, nie zaś zatrzymanie wadium.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

