

Sygn. akt KIO/UZP 731/09

WYROK

z dnia 19 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Ewa Jankowska

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: **Danuta Adamkiewicz i Zbigniew Kozdrowski** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Agencja Ochrony Osób i Mienia Sekret oraz Sekret sp. z o.o. Agencja Ochrony Osób i Mienia, ul. Podmiejska 17 A; 66-400 Gorzów Wielkopolski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim ul. Mieszka I 33, 66-400 Gorzów Wielkopolski** protestu z dnia **12 maja 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: **Danuta Adamkiewicz i Zbigniew Kozdrowski** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Agencja Ochrony Osób i Mienia Sekret** oraz **Agencja Ochrony Osób i Mienia**, ul. **Podmiejska 17 A; 66-400 Gorzów Wielkopolski** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum firm: **Danuta Adamkiewicz i Zbigniew Kozdrowski** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Agencja Ochrony Osób i Mienia Sekret** oraz **Agencja Ochrony Osób i Mienia**, ul. **Podmiejska 17 A; 66-400 Gorzów Wielkopolski**;
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum firm: **Danuta Adamkiewicz i Zbigniew Kozdrowski** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Agencja Ochrony Osób i Mienia Sekret** oraz **Agencja Ochrony Osób i Mienia**, ul. **Podmiejska 17 A; 66-400 Gorzów Wielkopolski**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonywanie usługi w zakresie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej mienia i obiektów Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp. w budynkach położonych przy ul. Mieszka I 33, ul. Mieszka I 33 A , ul. Jagiellończyka 13 (II piętro) i ul. Dzieci Wrzesińskich 5*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 marca 2009 roku pod pozycją 84936.

Dnia 5 maja 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu z postępowania, odrzuceniu oferty i o unieważnieniu postępowania.

Dnia 12 maja 2009 roku Odwołujący się – Konsorcjum firm: Danuta Adamkiewicz i Zbigniew Kozdrowski prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Agencja Ochrony Osób i Mienia Sekret oraz Sekret sp. z o.o. Agencja Ochrony Osób i Mienia (zwane dalej Odwołującym lub konsorcjum Sekret), ul. Podmiejska 17 A; 66-400 Gorzów Wielkopolski wniosło protest, na:

- 1) nieprawidłowe wezwanie konsorcjum Sekret do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) bezprawne wykluczenie konsorcjum Sekret z postępowania, a następnie uznanie jego oferty za odrzuconą,
 - 3) bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- czym naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 3 i 4, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy- Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się w proteście żądał:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia konsorcjum Sekret i czynności uznania oferty konsorcjum Sekret za odrzuconą i przyjęcie oferty,
- 3) zawarcia umowy z konsorcjum Sekret wobec złożenia najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając wskazało, iż Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2009 roku wezwał konsorcjum Sekret do uzupełnienia dokumentacji poprzez przedłożenie decyzji przyznającej prawo posiadania broni w terminie do dnia 24 kwietnia 2009 roku pod rygorem wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty. Wezwanie to jednak nie zawierało uzasadnienia. Zamawiający nie wskazał bowiem jaką konkretnie decyzję konsorcjum Sekret ma złożyć i którego z Wykonawców ubiegających się o wspólne zamówienie ma ona ewentualnie dotyczyć. W związku z powyższym konsorcjum Sekret przedstawiło Zamawiającemu zaświadczenie Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gorzowie Wlkp. z dnia 22 kwietnia 2009 roku potwierdzające, iż załączona do oferty decyzja przyznająca prawo posiadania broni dotyczy jednego z uczestników Konsorcjum - Agencji Ochrony Osób i Mienia "SEKRET" s.c. z siedzibą w Gorzowie Wlkp.

Zamawiający Wykonawcę - konsorcjum Sekret z postępowania wykluczył, w konsekwencji wykluczenia ofertę odrzucił i postępowanie unieważnił. Podstawą wykluczenia konsorcjum Sekret i uznania jego oferty za odrzuconą było według Zamawiającego nie uzupełnienie w terminie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu - nieprzedłożenie decyzji przyznającej prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni palnej, bojowej, broni palnej maszynowej gazowej. Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 7 maja 2009 roku podniósł, iż zgodnie z rozdziałem VI pkt 12.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia każdy z Wykonawców ubiegających się o wspólne zamówienie powinien złożyć oddzielnie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego każda z firm tworzących konsorcjum Sekret powinna przedłożyć w sprawie oddzielną decyzję w zakresie prawa posiadania broni, podczas gdy taką decyzję złożyła wyłącznie s.c. SEKRET.

Dnia 18 maja 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający po rozpatrzeniu protestu stwierdził, że w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie naruszył przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego art. 7 ust. 1 nie znalazł on potwierdzenia utrudniania uczciwej konkurencji oraz niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji nie jest równoznaczne z koniecznością takiego dostosowania wymogów dotyczących zamawianej usługi, aby wykonanie było możliwe przez wszystkich wykonawców z danej branży. Zamawiający jako cel nadrzędny, przy udzielaniu

zamówienia i wydatkowaniu środków publicznych stawiał otrzymanie jak najkorzystniejszej usługi odpowiadającej jego potrzebom. Wszystkie wymogi zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia miały swoje uzasadnienie i żaden z nich nie mógł zostać uznany za zbyt wygórowany ustalony jedynie w celu eliminacji jakiegokolwiek Wykonawcy.

Wykonawcy przysługiwało prawo zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Nadto na podstawie art. 180 ustawy Pzp Wykonawcy przysługiwał protest, jeżeli jego interes prawny w uzyskiwaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że prowadzone postępowanie ma charakter dyskryminujący a tym samym zarzut naruszenia art.7 ust. 1 nie znalazł potwierdzenia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy Pzp Zamawiający również nie znalazł potwierdzenia na jego zasadność. Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający zażądał przedłożenia przez Wykonawców decyzji przyznającej prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni palnej bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej. Przedłożona przez Wykonawcę decyzja nie określała jednoznacznie której z konsorcjantów ona dotyczy. Przedmiotem niniejszego postępowania jest ochrona osób i mienia, rodzaj działalności wymagający zaufania, a tym samym sprostania wyższym wymaganiom przez podmioty je wykonujące. Skoro Zamawiający wymagał, aby każdy z konsorcjantów posiadał decyzję przyznającą prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni palnej bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej, to w tym przypadku jest to uzasadnione, mimo, że w doktrynie ukształtował się pogląd optujący za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych przez wszystkich członków konsorcjum.

Zamawiający miał obowiązek ustalenia, czy do wykonywania określonej działalności są wymagane konkretne uprawnienia. jeżeli ustawa nakłada obowiązek posiadania określonych uprawnień. Zamawiający był zobowiązany do weryfikacji ofert Wykonawców pod kątem posiadania przez nich wymaganych uprawnień. W przypadku gdy do wykonania określonego zamówienia nie są wymagane ustawowe uprawnienia, może je wykonywać podmiot, który ich nie posiada.

Odnosnie zarzutu art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdaniem Zamawiającego jest on całkowicie chybiony, gdyż Wykonawca składając ofertę, przedstawił dokument, który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. decyzji przyznającej prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni palnej bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej. Skoro przedłożony dokument nie potwierdził spełnienia warunku udziału, nie był tym samym dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1

Pzp, co oznacza, że zaistniała przesłanka z art. 26 ust. 3 nakazująca Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu.

Odnosnie zarzutu art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp również nie znalazł on potwierdzenia, gdyż cena najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu przekracza kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 27 maja 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim treść SIWZ, treść oferty Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutów oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Analizując dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do zarzutów stawianych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale IV ust. 1.1 postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący konieczności posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, tj. *[...] posiadają statut SUFO udokumentowany decyzją przyznającą prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni palnej bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej.* W celu potwierdzenia spełniania stawianego warunku wykonawcy mieli obowiązek (zgodnie z rozdziałem V ust. 1.9.) złożyć do oferty *decyzję przyznającą prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni palnej bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej.* Ponadto Zamawiający w rozdziale VI ust. 12.3 wskazał

na obowiązek – w odniesieniu do wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie – *oddzielnego udokumentowania, że nie podlega wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1-9 ustawy Pzp oraz każdy z wykonawców musi złożyć oddzielnie dokumenty wymienione w rozdziale V pkt 1.1 – 1.6, 1.8, 1.9, 1.10.*

Tym samym wykonawcy mieli wyraźną instrukcję w jaki sposób muszą udokumentować – potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący się, w w/w zakresie do oferty załączył Decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 6 sierpnia 2001 r. potwierdzającą posiadanie *pozwolenia na broń w zakresie broni palnej bojowej na okaziciela w ilości 10 egzemplarzy oraz jednego egzemplarza broni palnej bojowej maszynowej o kalibrze 6,35 mm do 9,65 mm.* Decyzja powyższa wydana została dla Agencji Ochrony Osób i Mienia SEKRET z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

W związku z powyższym Zamawiający dnia 21 kwietnia 2009 roku wezwał konsorcjum Sekret, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie decyzji przyznającej prawo posiadania, w celu ochrony obiektów i konwojów, broni palnej bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej, zakreślając termin do uzupełniania na dzień do 24 kwietnia 2009 roku do godziny 14.00.

Odwołujący się, w wymaganym terminie złożył Zaświadczenie Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 22 kwietnia 2009 roku zaświadczające, że *koncesjonowany podmiot gospodarczy Agencja Ochrony Osób i Mienia „SEKRET” s.c. Danuta Adamkiewicz, Zbigniew Kozdrowski, ul. Podmiejska 17a w Gorzowie Wlkp. Uzyskała decyzją Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gorzowie Wielkopolskim Nr ER-3656/01 z dnia 06.08.2001 r., w oparciu o zapis art. 29 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 21 maja 1999 roku o broni i amunicji pozwolenie na broń palną bojową na okaziciela (świadcstwo broni) w celu ochrony mienia. Przedmiotowe uprawnienie obejmuje rodzaje broni określone w § 4 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z dnia 20 marca 2000 roku w sprawie rodzajów szczególnie niebezpiecznych broni i amunicji oraz rodzajów broni odpowiadającej celom, w których może być wydane pozwolenie na broń (Dz. U. Nr 19, poz. 240 ze zm.).*

Zaświadczenie powyższe dotyczy decyzji załączonej do oferty.

Analizując wyżej przedstawiony stan faktyczny i prawny sprawy Izba stwierdziła, iż zarzuty Odwołującego się nie potwierdziły się.

Izba podziela stanowisko Odwołującego w zakresie celu związania konsorcjum. Jednakże istotnym elementem, na który zdaje się Odwołujący nie zwraca uwagi, jest opis przedmiotu

zamówienia. Zamawiający w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 8 wskazał, jakie szczegółowe obowiązki będą spoczywały na wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. I tak w ppkt b wskazał, iż *wykonawca będzie zobowiązany do wyposażenia wszystkich pracowników ochrony w techniczne środki łączności (telefony komórkowe) oraz inne specjalistyczne urządzenia służące do realizacji umowy [...]; wymagana jest broń obiektowa zgodnie z „Planem ochrony obiektu”*.

Przesądza to o konieczności wyposażenia każdego pracownika ochrony w broń. Dlatego też zdaniem Izby Zamawiający miał prawo, w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia postawić warunek odnoszący się w jednakowy sposób do każdego przedsiębiorcy wchodzącego w skład konsorcjum.

Izba zwraca uwagę, iż termin na stawianie zarzutów w zakresie zarówno postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w zakresie warunków udziału w postępowaniu) jak i w zakresie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych minął już nieodwracalnie. Jeżeli Odwołujący nie godził się na postanowienia s.i.w.z. w przedmiocie warunków udziału w postępowaniu, czy też rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych warunków, to termin na ich kwestionowanie upływał, zgodnie z przepisem art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, 7 dnia od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub zamieszczenia s.i.w.z. na stronie internetowej. Odwołujący z prawa takiego nie skorzystał, czym uniemożliwił sobie stawianie powyższych zarzutów po terminie składania ofert. Analogiczna sytuacja dotyczy wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie protestu dotyczącego ww. czynności nieodwracalnie upłynął w dniu 28 kwietnia 2009 roku. Tym samym podnoszenie tego typu zarzutów na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne.

Niewykluczone jest, iż niezbyt precyzyjne określenie przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów ich rodzaju, mogło wprowadzić Odwołującego w błąd, ale nie skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych Pzp na ówczesnym etapie postępowania, nie może negatywnie wpływać na decyzję Zamawiającego podjętą zgodnie z posiadanym na danym etapie postępowania stanem wiedzy i w oparciu o posiadaną dokumentację.

Na podkreślenie zasługuje fakt, prawidłowej decyzji Zamawiającego w zakresie wykluczenia konsorcjum Sekret z postępowania i odrzucenia jego oferty – czynności te Zamawiający podejmował w oparciu o obowiązujące w równym stopniu wszystkich wykonawców, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby,

cytowane wyżej postanowienia siwz odnoszące się do oddzielnego potwierdzenia spełniania warunków przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, nie budzą wątpliwości, co do ich znaczenia i celu wprowadzenia. W świetle ich treści, każdy z wykonawców deklarujących wspólne ubieganie się o zamówienie i składających wspólną ofertę (bez znaczenia jest tu fakt, czy zawarli oni jakąkolwiek umowę regulującą współpracę, ani czy łączące ich stosunki określają nie występującym w Pzp terminem „konsorcjum”) zobowiązany był do potwierdzenia własnych, wymaganych w siwz uprawnień, a nie przypisania uprawnień jednego z takich wykonawców, ich związkowi (konsorcjum).

Konsekwencją powyższych ustaleń było unieważnienie przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z brzmieniem przepisu art. 184 ust. 1a Izba powyższy zarzut pozostawiła bez rozpoznania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego się w zakresie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie potwierdziły się w związku z czym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....