

Sygn. akt: KIO 1116/11

WYROK
z dnia 07.06.2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **07.06.2011** r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27.05.2011** r. przez wykonawcę **Wojskowe Zakłady Inżynieryjnych S.A., ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3, 08-530 Dęblin** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę przez Zamawiającego postanowień ogłoszenia o zamówieniu Sekcji III pkt 2.1) oraz SIWZ w Rozdz. 5 i 6 w sposób wskazany w uzasadnieniu.

2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wojskowe Zakłady Inżynieryjnych S.A., ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3, 08-530 Dęblin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jednostki Wojskowej 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław** na rzecz **Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A., ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3, 08-530 Dęblin** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1116/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Remont główny parku pontonowego PP-64 na pojeździe STAR 266*”, (nr sprawy: 92/1/TECH/95/2011), zostało wszczęte przez Jednostkę Wojskową 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 94-154265 w dniu 17.05.2011 r.

W dniu 17.05.2011 r. opublikowano ogłoszenie o zamówieniu oraz umieszczono na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 27.05.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A., ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3, 08-530 Dęblin zwanych dalej: „*WZI SA*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 180 ust.1 i 4 oraz 182 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” wobec postanowień SIWZ. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.05.2011 r. (faxem). Na podstawie art. 180 ust. 3 Pzp zarzucił naruszenie zasad prowadzenia postępowania a w szczególności wynikającą z treści art. 7 ust. 1 Pzp zasadę nakazującą przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez niezamieszczenie w treści SIWZ w Rozdz. 6 - wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...) - żądania dotyczącego złożenia koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, mimo iż przepisy ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 67 poz. 679 z późn. zm.) o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym zwanej dalej: „*Ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r.*” oraz Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 145 poz. 1625 z późn. zm) w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja, nakładają obowiązek posiadania takiej koncesji zwanego dalej: „*Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r.*”.

Niezamieszczenie w treści SIWZ w/w wymogu narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców nieposiadających koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, a w konsekwencji wykonawców, którzy z racji niespełnienia wymogów określonych przepisami w/w ustawy i rozporządzenia mogą zaoferować Zamawiającemu znacznie niższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na względzie wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SIWZ, poprzez zamieszczenie w Rozdz. 6 SIWZ, żądania dotyczącego złożenia koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, względnie o unieważnienie postępowania.

W SIWZ w/w Rozdz. 5, Zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, posiadający uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Jednocześnie w Rozdz. 6 SIWZ, Zamawiający nie zawarł żądania dotyczącego złożenia koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym mimo iż przepisy ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r., a w szczególności art. 6 ww. ustawy, nakładają na podmioty prowadzące działalność gospodarczą w/w, zakresie obowiązek posiadania takiej koncesji.

Pismem z dnia 19.05.2011 r. Odwołujący się wystąpił do Zamawiającego z pytaniem w przedmiotowej sprawie, wskazując jednocześnie na obowiązek posiadania koncesji, jednakże Zamawiający w piśmie z dnia 24.05.2011 r. odpowiadając na pytanie Odwołującego się i innych wykonawców podtrzymał swoje stanowisko zawarte w SIWZ i uznał, że w niniejszej sprawie koncesja nie jest wymagana.

Podkreślił, że Odwołujący w 2003 r. występował do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji o wyrażenie opinii w przedmiotowej sprawie (remont główny parku pontonowego PP-64 na pojeździe Star 266), otrzymując odpowiedź potwierdzającą konieczność posiadania koncesji przy wykonywaniu usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia (pismo z dnia 04.04.2003 r. znak ZK-I/B - 450/03/JW.).

Brak żądania ze strony Zamawiającego wymogu złożenia w/w. koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, prowadzi do sytuacji w której o udzielenia zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy niespełniający wymogów nałożonych ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 67 poz. 679 z późn. zm.) o wykonywaniu

działalności gospodarczej w zakresie (...) na podmioty prowadzące działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi (...). W konsekwencji wykonawcy ci mogą w prowadzonym postępowaniu zaoferować znacznie niższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, niż wykonawcy taką koncesję posiadający. Zauważyć bowiem należy, że uzyskanie koncesji wiąże się z koniecznością poniesienia przez podmiot o nią się ubiegający kosztów uzyskania i utrzymania koncesji. Powyższe prowadzi do sytuacji nierównego traktowania wykonawców.

Dodał także, że zgodnie z treścią art. 36 w/w. ustawy kto wykonuje działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania lub obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją albo wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym bez koncesji podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Oznacza to tym samym, że realizacja umowy zawartej w wyniku prowadzonego postępowania, w którym Zamawiający wbrew ustawowemu obowiązkowi nie żąda od wykonawcy koncesji stanowiłoby przestępstwo.

Zamawiający w dniu 30.05.2011 r. zamieścił na stronie internetowej odwołanie i wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie zostały zgłoszone.

W dniu 06.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniosła na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wносиło o oddalenie odwołania w zakresie wskazanym. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Zamawiający wskazał, że treść pisma z dnia 19.05.2011 r. nie odpowiada treści pisma MSWiA z dnia 04.04.2003 r. W pierwszym wypadku park pontonowy PP-64 jest zakwalifikowany jako wyrób o przeznaczeniu wojskowym – wskazano WT III ust.3, zaś w drugim WT III ust.1. Ponadto, stwierdził, że pismo z dnia 04.04.2003 r. nie stanowi opinii MSWiA w przedmiotowej sprawie, albowiem zadane pytania dotyczyły świadczenia usług remontowo-modernizacyjnych – czyli wytwarzanie, a nie obrót, na wskazanych enumeratywnie wyrobach o przeznaczeniu wojskowym – nie było pośród nich PP-64. Poza tym, pytanie w zakresie PP-64 dotyczyło jego zakwalifikowania jako wyrobu o przeznaczeniu wojskowym ze wskazaniem właściwej kwalifikacji w WT.

Zamawiający podniósł, że klasyfikacje usług remontowych na parku pontonowym PP-64 jako działalności koncesjonowanej na podstawie ustawy z dnia 22.06.2001 r. należy wziąć pod uwagę definicje legalne zawarte w art. 3 ust.1 pkt 1 i 2 niniejszej ustawy (wytwarzanie, obrót). W ich świetle wytwarzaniem jest: „oprócz działalności wytwórczej, także odzysk w rozumieniu przepisów o odpadach oraz działalność rusznikarska”, natomiast obrotem jest wykonywana na terytorium RP: „działalność handlowa” dotycząca materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub

policyjnym, Ponadto wykładni powyższej definicji legalnej obrotu należy dokonywać systemowo, ponieważ przepisy niniejszej ustawy stanowi, *lex specialis* do unormowań ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.; zwanej dalej: „u.s.d.g.”) Zgodnie z art. 46 ust. 2 w zw. z ust. 1 pkt. 2 u.s.d.g. wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wymaga uzyskania koncesji, a szczegółowy zakres i warunki wykonywania tej działalności określają odrębne przepisy (tj. przepisy ustawy). Ustawodawca, stanowiąc w art. 2 u.s.d.g. definicję legalną działalności gospodarczej, rozróżnił działalność handlową od działalności usługowej. Wykonywanie usług remontowych na parku pontonowym PP-64 stanowi natomiast działalność usługową. Jedynym organem kompetentnym do rozstrzygnięcia zakresu podlegającej koncesjonowaniu działalności gospodarczej w przedmiocie wytwarzania i obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym jest MSWiA jako właściwy organ koncesyjny, na podstawie art. 7 ust. 1, art. 13 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt 4 oraz art. 14 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 22.06.2001 r. MSWiA sprawuje zarazem kontrolę przedmiotowej działalności gospodarczej w zakresie przestrzegania warunków jej wykonywania (art. 57 ust. 1 pkt. 2 u.s.d.g. oraz art. 34 pkt 1 lit. b z dnia 22.06.2001 r.)- Podkreślił, iż pismo MSWiA z dnia 04.04.2003 r. kończy się stwierdzeniem: *„Konkludując pragnę jednak podkreślić, że nie posiadając pełnej informacji (...) nie jest możliwe udzielenie jednoznacznej/ odpowiedzi.”* Pismo to nie ma zatem formalno-prawnego charakteru wiążącej opinii organu koncesyjnego. Zaznaczyć również należy, iż Odwołujący nie przedłożył wraz z odwołaniem posiadanej rzekomo koncesji MSWiA na wykonywanie usług remontowych na parku pontonowym PP-64, zaś powołany przez niego dowód obejmuje swą treścią inne okoliczności faktyczne niż podnoszone we wniosku dowodowym. Zgodnie z regułą postępowania dowodowego zawartą w art. 190 ust. 1 zd. pierwsze Pzp, to na stronie postępowania odwoławczego, toczącego się przed KIO, ciąży obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne - co stanowi powtórzenie ogólnej reguły art. 6 Kc. Podstawową zasadą prowadzenia działalności gospodarczej jest bowiem swoboda jej prowadzenia, natomiast wyjątkiem - jej ograniczanie w drodze wymogu uzyskania koncesji i dotyczy ono działalności gospodarczych enumeratywnie wskazanych w art. 46 ust. 1 u.s.d.g. Jako wyjątek, wymóg uzyskania i posiadania koncesji na prowadzenie określonej działalności gospodarczej podlega wykładni zawężającej, tj. gdy przepis prawa powszechnie obowiązującego wyraźnie tak stanowi, czego potwierdzenie stanowi unormowanie art. 6 ust. 1 u.s.d.g.: *„Podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.”* Żądanie przez Zamawiającego od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

przedkładania koncesji niewymaganych przez przepisy prawa stanowiłyby podstawę do unieważnienia tej czynności Zamawiającego przez KIO jako naruszającej zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz naruszającej ustawy zakaz żądania od wykonawców dokumentów, które nie są „niezbędne do przeprowadzenia postępowania” w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego park pontonowy PP-64 nie jest zaś wyrobem, o którym mowa w WT III ust. 3 w załączniku nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. („Pojazdy pływające lub posiadające zdolność pokonywania głębokich przeszkód wodnych”), ponieważ stanowi sprzęt przeprawowy przewożony na pojazdach niepływających.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 24.05.2011 r., odwołaniem wraz z załącznikiem, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami, dodatkowymi pismami Odwołującego złożonym na rozprawie (pismo Nr 547/ZB z dnia 25.05.2001 r. oraz pismo Nr DZiK-I-6611-50-3/11/B-358/2003/WA z dnia 27.05.2011 r.), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1116/11, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 24.05.2011 r., odwołania wraz z załącznikiem (pismo z dnia 04.04.2003 r.), odpowiedzi na odwołanie wraz załącznikami (pytania Odwołującego z dnia 19.05.2011 r. oraz pismo z dnia 17.03.2003 r. skierowane do Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA) oraz dodatkowych pism Odwołującego złożonych na rozprawie (pismo Nr 547/ZB z dnia 25.05.2001 r. oraz pismo Nr DZiK-I-6611-50-3/11/B-358/2003/WA z dnia 27.05.2011 r.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezamieszczenie w postanowieniach SIWZ żądania dotyczącego złożenia koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, Izba uznała, że w/w zarzut został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach Rozdz. 3 (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający ustalił, że przedmiotem zamówienia jest usługa: remont główny parku pontonowego PP-64 na pojeździe STAR 266 wg szczegółowych „Wymagań eksploatacyjno – technicznych”, stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ. W ramach wykonania przedmiotowej usługi remontowi podlega sprzęt znajdujący się na pojazdach:

- samochód Star 266 AP z blokiem pływającym z parku PP-64 – w ilości 80 kpl.

- samochód Star 266 BP z blokiem brzegowym z parku PP-64 – w ilości 10 kpl.

(co stanowi łącznie 1,66 kompletu parku pontonowego PP-64). Stwierdził również w wymaganiach ogólnych, że remont główny parku pontonowego obejmuje remont pojazdów bazowych STAR 266AP i BP wraz z blokami pływającymi i brzegowymi ukompletowanymi zgodnie z dokumentacją bez wyposażenia dodatkowego z grupy środków pomocniczych. Po wykonanym remoncie sprzęt winien mieć przywróconą pełną sprawność zgodnie z warunkami technicznymi producenta oraz ramowym zakresem wymagań i warunków technicznych przedstawionych w instrukcji Inż.498/85. Wszystkie podzespoły, mechanizmy i urządzenia powinny być zgodne z dokumentacją techniczną oraz być zamontowane według dokumentacji technologicznej. W wymaganiach jakościowych określono, że system zarządzania jakością, wdrożony przez Wykonawcę, musi spełniać wymagania zawarte w PN-EN-ISO 9001:2001 lub AQAP 2120:2006, na potwierdzenie czego Wykonawca posiada stosowny certyfikat.

Zamawiający w Rozdz. 5 (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) wskazał (ust.1), że zgodnie z art. 22 ust.1 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. pkt 1 posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Określił, że dokona oceny spełnienia tego warunku na podstawie złożonego przez wykonawcę oświadczenia, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Z kolei zgodnie z Rozdz.6 (Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy) – ust.1 w zakresie wykazania

spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania należy przedłożyć oświadczenie według wzoru określonego w załączniku nr 2 do SIWZ. Według ust. 5 Rozdz. 5 SIWZ ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie przebiegać na podstawie listy dokumentów, jakie wykonawca ma obowiązek przedłożyć w swojej ofercie. Spełnianie powyższych warunków Zamawiający będzie ocenił według formuły spełnia/nie spełnia.

W dniu 19.05.2011 r. Odwołujący, jak podnosił w odwołaniu złożył pytanie 3 zgodnie z którym: *„Wykonawca prosi o doprecyzowanie treści SIWZ (Rozdział 5 pkt. 1) o wymóg posiadania koncesji ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Konieczność posiadania koncesji na remont główny parku pontonowego wynika z artykułu 6.1 Ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym z dn. 22 czerwca 2011 r. (Dz. U. Nr 67, poz. 679) oraz WT III pkt. 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. (Dz. U. Nr 145 poz. 16250) w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja.”*

W odpowiedzi na pytanie 3 Zamawiający w dniu 24.05.2011 r. wskazał, że: *„Zacytowane w zapytaniu przepisy nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie.”*

W ramach załączonego do odwołania pisma z dnia 04.04.2003 r. Departamentu Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji wskazano, że prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług remontowo-modernizacyjnych, polegających m.in. na wytwarzaniu, przerabianiu sprzętu znajdującego się w załączniku nr 2 – Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym WT do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r., zgodnie z ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r., podlega koncesjonowaniu. Określono, że treść przepisu w pozycji WT III w/w rozporządzenia dotyczy: *„pojazdów naziemnych, w tym ciągników (z wyłączeniem cywilnych samochodów lub ciężarówek przeznaczonych do przewozu pieniędzy i kosztowności wyposażonych w osłony pancerne) i ich elementów”*. Zaś rodzaje i typy pojazdów określają ust.1-4, a ust.5 wymienia także modyfikacje pojazdu naziemnego, obejmujące zmiany konstrukcyjne dotyczące zaprojektowania jednego lub więcej elementów wojskowych, określonych w pkt 1-4. W niniejszym piśmie uznano, że obrót, tj. wymiana i modernizacja) lub wytwarzanie podzespołów i części do pojazdów stosowanych w wojsku lub Policji i wymienionych w ust.1-4, a także takimi, które zawierają elementy, o których mowa w pkt 1-4 wymaga uzyskania koncesji.

W niniejszym piśmie stwierdzono, że sprzęt rodzajów wojsk oraz zestawy będące wyposażeniem, lub które można zamontować na pojazdach specjalnych należy traktować,

jako „*ich elementy*” (WT III), natomiast wymienione pojazdy specjalne, tj. cysterny, instalacje rozlewcze IRS na samochodzie oraz park pontonowy - to „*inne wojskowe pojazdy uzbrojone*” (WT III ust.1), a także pojazdy ratownicze oraz pojazdy służące do holowania, przewozu amunicji lub systemów uzbrojenia oraz odpowiedniego sprzętu do manipulowania ładunkami (WT III ust. 4).

Na rozprawie Odwołujący przedłożył pismo Nr 547/ZB z dnia 25.05.2001 r. oraz pismo Nr DZiK-I-6611-50-3/11/B-358/2003/WA z dnia 27.05.2011 r., w którym ponownie Departamentu Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji przedstawił swoje stanowisko wprost odnosząc się do przedmiotowego postępowania (zostało ono wskazane w obu pismach).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w zakresie sporu, Izba uznała, że mają zastosowanie względem przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przepisy ustawy z dnia 22.06.2001 (art. 6 ust.1 pkt 1) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 6 ust. 3 w/w ustawy, a dokładnie niniejszy przedmiot zamówienia mieści się zarówno w poz. WT III poz. 1, jak i ust. 3 załącznika nr 2 do w/w rozporządzenia. Izba wyjaśnia, że stanowisko wynikające z pism Departamentu Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji tak z 04.04.2003 r., jak i 27.05.2011 r. nie było jedyną i główną podstawą uwzględnienia odwołania. Nie zmienia to, jednakże okoliczności, że po pierwsze Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie uznawał miarodajność opinii Departamentu Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, miał jedynie wątpliwości co do stanowiska z 2003 r., po drugie Zamawiający nie przedłożył żadnego stanowiska przeciwnego w spornym zakresie, pochodzącego od miarodajnych podmiotów trzecich. W ocenie Izby, analiza postanowień SIWZ, a w szczególności załącznika nr 6 oraz przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r., jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie są zasadniczą podstawą uwzględnienia odwołania.

Po drugie, należy zauważyć, że Zamawiający potwierdził na rozprawie, że pojazdy STAR 266 są wyposażone w uchwyty na broń oraz zdolne do pokonywania przeszkód wodnych. Ponadto, stanowisko MSWiA przedstawione przez Odwołującego na rozprawie od niniejszych okoliczności uzależnia zakwalifikowanie danej działalności gospodarczej (w tym remontów), jako podlegającej koncesjonowaniu (str. 2 pisma z dnia 27.05.2011 r.). Wskazuje się tam, że bez znaczenia jest czy prace remontowe podlegać będą na zastosowaniu podzespołów pierwotnych, czy też wyroby te zostaną wymienione, istotne jest, że remont dotyczy wyrobu koncesjonowanego (str. 1 pisma z dnia 27.05.2011 r., akapit drugi od dołu).

W konsekwencji, jakiegokolwiek rozważania Zamawiającego odnośnie działalności usługowej, wytwarzania i obrotu, zawarte w odpowiedzi na odwołanie są bezprzedmiotowe. W ocenie Izby mamy do czynienia z wyrobem koncesjonowanym o przeznaczeniu wojskowym. Zaś przedmiotem remontu nie są tylko i wyłącznie czynności ślusarsko-blaharskie, ale remont silnika oraz podwozia wraz z podzespołami (str. od 27 do 28 załącznika nr 6 do SIWZ). Należy zauważyć, że także załącznika nr 6 do SIWZ potwierdza tezy Odwołującego z rozprawy odnośnie przeznaczenia do przepraw wodnych m.in. str. 25 – postanowienie zgodnie z którym proces technologiczny remontu powinien uwzględnić Wstęp – Rozdz. III ust. 5 pkt 7 „Wymianę uszczelek profili i elementów gumowych kabin”, czy też pkt 10: „Sprawdzenie przygotowania pojazdu do pokonywania przeszkód wodnych”. A. Kabina (str. 26 załącznika nr 6 do SIWZ) – wymiana uszczelek szyb i luków, uszczelek drzwi, jak i uszczelek i uszczelnienia silnika (str. 27 załącznika nr 6 do SIWZ, B. Silnik, Zespoły podniesienia napędu, mechanizmy i układy). Odnośnie, kwestii uchwytu na broń, sposób doprecyzowania przedstawiony na rozprawie przez Zamawiającego (tzn. że chodzi o uchwyt na broń do prowadzenia ognia), nie wynika, z żadnego dowodu przedłożonego przez Zamawiającego, a tym bardziej przepisów stosownego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazuje zmianę przez Zamawiającego postanowień ogłoszenia o zamówieniu Sekcji III pkt 2.1) oraz SIWZ w Rozdz. 5 i 6 zgodnie z żądaniem Odwołującego, tzn. zamieszczenie wymogu posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem (ogłoszenie oraz Rozdz. 5 SIWZ) oraz adekwatnego wymogu przedłożenia kopii stosownej koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem (Rozdz. 6 SIWZ).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....