

Sygn. akt: KIO 432/13

WYROK
z dnia 20 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2013 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „HETMAN” Sp. z o. o., 40-161 Katowice, Al. Korfantego 51/9a**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Katowice - Zakład Targowisk Miejskich w Katowicach 40-859, ul. Gliwicka 154**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „HETMAN” Sp. z o. o., 40-161 Katowice, Al. Korfantego 51/9a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „HETMAN” Sp. z o. o., 40-161 Katowice, Al. Korfantego 51/9a**, tytułem wpisu od odwołania,

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 w Katowicach

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Katowice – Zakład Targowisk Miejskich prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usługi ochrony osób i mienia dla Zakładu Targowisk Miejskich w Katowicach.

Pismem z dnia 11 lutego 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Scorpion Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Z przedmiotowego postępowania zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców ani nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert.

Wobec powyższego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2013 r. złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Hetman” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako ustawa „Pzp”]:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Biuro Ochrony SCORPION Sp. z o.o. [dalej także jako wykonawca „Scorpion”] oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających w formie spółki cywilnej pod nazwą FORMACJA s.c. W..... N....., I..... K....., [dalej także, jako wykonawca „Formacja s.c.”], mimo niewykazania w obu przypadkach przez w/w wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, niebędącej ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób oderwany od ustalonego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Odwołujący wnosił o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Scorpion Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających Formacja s.c., ze względu na niewykazanie spełniania

warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podkreślał, iż zastosowany przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym był jednoznaczny i nie powinien być budzić wśród wykonawców żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznej wykonawcy obowiązani byli wykazać się posiadaniem aktualnego dokumentu zezwalającego na posiadanie broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia, w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy. Odwołujący podnosił, że ani wykonawca Scorpion Sp. z o. o., ani wykonawcy występujący wspólnie – Formacja s.c. dokumentu takiego nie przedłożyli. Tym samym w ocenie odwołującego wykonawcy ci, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, czego konsekwencją winno być wykluczenie oraz odrzucenie ofert gdyż zostały złożone przez wykonawców podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy Scorpion Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Formacja s.c. w sposób odmienny od ustalonego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, czym rażąco naruszył podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych – zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Gmina Miasto Katowice – Zakład Targowisk Miejskich prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi ochrony osób i mienia dla Zakładu Targowisk Miejskich w Katowicach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2012 r., pod numerem 2012/S 239-394323.

Zgodnie z treści SIWZ (rozdział VII pkt 1, ppkt 2) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu w tym:

- wykonawcy, którzy posiadają koncesję na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia oraz spełniają warunki określone posiadaną koncesją;
- wykonawcy uprawnieni do posiadania broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia, w liczbie co najmniej 8 egzemplarzy.

Na potwierdzenie powyższych warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć:

- aktualną koncesję na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem,
- aktualny dokument zezwalający na posiadanie broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia, w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Formacja s.c. W..... N....., I..... K..... z siedzibą w Zabrze określając stawkę godzinową na 8,57 zł brutto;
- 2) Scorpion Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach określając stawkę godzinową na 8,46 zł brutto;
- 3) Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Hetman” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach określając stawkę godzinową na 8,66 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Formacja s.c. do oferty załączyli decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 24 stycznia 2012 r. zezwalającą wykonawcy na posiadanie pięciu jednostek broni palnej bojowej oraz sześciu sztuk paralizatorów elektrycznych.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Scorpion Sp. z o. o. złożył wraz z ofertą decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 8 maj 2012 r., zezwalającą na posiadanie 8 sztuk broni palnej bojowej oraz trzech egzemplarzy paralizatorów elektrycznych.

Pismem z dnia 30 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Formacja s.c. o przedłożenie aktualnego dokumentu zezwalającego na posiadanie broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia, w liczbie co najmniej 8 egzemplarzy. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż załączona do oferty kopia decyzji Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 24 stycznia 2012r. zezwala wykonawcy na posiadanie broni rodzajowo odmiennej od broni wymaganej przez zamawiającego (decyzja zezwala wyłącznie na posiadania broni palnej bojowej oraz paralizatora elektrycznego). W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten przedłożył ponownie decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 24 stycznia 2012 r. zezwalającą wykonawcy na posiadanie pięciu jednostek broni palnej bojowej oraz sześciu sztuk paralizatorów elektrycznych.

Ponadto w dniu 30 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Scorpion Sp. z o.o. o przedłożenie aktualnego dokumentu zezwalającego na posiadanie broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia, w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy gdyż decyzja Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 8 maj 2012r., złożona wraz z ofertą, zezwala wykonawcy na posiadanie broni rodzajowo odmiennej od broni wymaganej

przez zamawiającego i tym samym nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ. W odpowiedzi wykonawca ten wskazał, iż wraz z ofertą przedstawił decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 8 maj 2012r. zezwalającą na posiadanie ośmiu egzemplarzy broni palnej bojowej oraz trzech egzemplarzy paralizatorów elektrycznych. Jednocześnie wykonawca ten podniósł, iż zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu należało wykazać się uprawnieniem do posiadania broni palnej gazowej a nie faktycznym posiadaniem określonej ilości sztuk broni.

Pismem z dnia 11 lutego 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Scorpion Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Z przedmiotowego postępowania zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców ani nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wykluczenia wykonawców z postępowania oraz uznanie ofert za odrzucone leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający pismem z dnia 25 lutego 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden z wykonawców.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść oferty wykonawcy Scorpion Sp. z o. o. oraz treść oferty Formacja s.c. W..... N....., I..... K....., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Scorpion Sp. z o.o., z uwagi na nie wykazanie uprawnienia do posiadania broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy. Izba zarzut ten uznała za chybiony. Bezspornie wykonawca

Scorpion Sp. z o. o. złożył wraz z ofertą decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 8 maja 2012 r., (znak: PA-OB.-642-4/9/12/MM) zezwalającą na posiadanie 8 egzemplarzy broni palnej bojowej oraz 3 egzemplarzy paralizatorów elektrycznych. W ocenie Izby dokument ten potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 2. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż powyższa decyzja nie może potwierdzać spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, gdyż dotyczy broni rodzajowo odmiennej od broni wymaganej przez zamawiającego. Należy wskazać, iż zgodnie z art. 9 ust. 7 ustawy z dnia 21 maja 1999 r., o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r., poz. 576) pozwolenie na broń palną bojową wydane w celach, o których mowa w art. 10 ust. 2 pkt 1 i 2 tej ustawy stanowi jednocześnie pozwolenie na broń palną gazową i alarmową. Zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt 2 w/w ustawy pozwolenie na broń wydaje się w szczególności w celach (...) ochrony osób i mienia. Z powyższego w ocenie Izby jednoznacznie wynika, iż wykonawca przedkładając decyzję uprawniającą go do posiadania 8 egzemplarzy broni palnej bojowej wykazał, że uprawniony jest do posiadania broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy. Tym samym spełnił określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Na marginesie należy wskazać, iż wykonawcy zobowiązani byli do wykazania się uprawnieniem do posiadania broni palnej gazowej w określonej ilości a nie faktycznym posiadaniem określonej ilości sztuk broni palnej gazowej. Niemniej nie sposób zgodzić się z zamawiającym, iż warunek ten miał obowiązywać dopiero na etapie realizacji zamówienia i spełnić należało go w dniu podpisania umowy. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnienia do posiadania broni palnej gazowej w liczbie co najmniej 8 egzemplarzy, którego spełnianie wykonawcy winni byli wykazać na dzień składania ofert.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Formacja s.c., z uwagi na nie wykazanie uprawnienia do posiadania broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy. Izba zarzut ten uznała za zasadny. Bezsprzecznie wykonawca ten wraz z ofertą złożył decyzję Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach z dnia 24 stycznia 2012 r., (znak: PA-OB.-642-119/426/11/MM) z której wynika, iż ma on uprawnienie do posiadania 5 jednostek broni palnej oraz 6 sztuk paralizatorów elektrycznych. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przedłożył ten sam dokument. W ocenie Izby z powyższej decyzji nie wynika uprawnienie do posiadania broni palnej gazowej w liczbie, co najmniej 8 egzemplarzy i tym samym nie sposób uznać, iż wykonawca Formacja s.c. wykazał spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Za aktualne należy

uznać powyższe rozważania Izby w przedmiocie obowiązywania warunku opisanego w rozdz. VII pkt 1 ppkt 2 SIWZ. Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, iż potwierdzeniem uprawnienia do posiadania broni palnej gazowej w liczbie, co najmniej 8 sztuk było przedłożenie aktualnej koncesji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem. Zgodnie postanowieniami rozdz. VII pkt 2 ppkt 4 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia aktualnego dokumentu zezwalającego na posiadanie broni palnej gazowej przeznaczonej do ochrony bezpieczeństwa innych osób i mienia, liczbie co najmniej 8 egzemplarzy. Tym samym wykonawcy składając ofertę zobowiązani byli nie tylko do wykazania, iż posiadają koncesję na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia ale również iż uprawnieni są do posiadania broni palnej gazowej w ilości co najmniej 8 egzemplarzy. Wobec wykazania się przez wykonawcę Formacja s.c. uprawnieniem do posiadania 5 egzemplarzy broni palnej bojowej wykonawca ten winien był być wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając stanowisko Izby co do wykonawcy Scorpion Sp. z o. o. za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp gdyż zamawiający uznał, jako najkorzystniejszą ofertę nie podlegającą odrzuceniu złożoną przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, pomimo potwierdzenia się jednego z zarzutów orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Zgodnie z § 3 pkt 2 w/w rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec przedłożenia przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie wyłącznie umowy z dnia 8 marca 2013 r., która przewidywała wypłatę wynagrodzenia na podstawie faktury VAT, Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: