

Sygn. akt: KIO 1360/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 czerwca 2011 r.** przez wykonawcę **Wojskowe Zakłady Inżynieryjne Spółka Akcyjna z siedzibą w Dęblinie, ul. 15-tego Pułku Piechoty „Wilków” 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4229 we Wrocławiu, ul. Poznańska 58**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wojskowe Zakłady Inżynieryjne Spółka Akcyjna z siedzibą w Dęblinie, ul. 15-tego Pułku Piechoty „Wilków” 3** kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej zwrot uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont główny parku pontonowego PP-64 na pojeździe STAR 266 zostało wszczęte przez Jednostkę Wojskową nr 4229 z siedzibą we Wrocławiu, ul. Poznańska 58 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 maja 2011r. za numerem 2011/S 94-194265. W dniu 17 czerwca 2011r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie o treści : „Czy w przypadku złożenia oferty w ramach konsorcjum dwóch firm wymagane jest aby każdy z uczestników tego konsorcjum posiadał koncesję Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”, odpowiedział :”Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 2 SIWZ, w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - a więc również konsorcjów, warunki określone w rozdziale 5 SIWZ (w tym także dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności), winien spełniać co najmniej jeden z tych Wykonawców albo wszyscy ci Wykonawcy wspólnie.

Na tę czynność w dniu 27 czerwca 2011r. odwołanie wniósł wykonawca Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 –go Pułku Piechoty „Wilków” 3 – zwany dalej odwołującym i zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad prowadzenia postępowania a w szczególności wynikającą z treści art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.- dalej ustawy) zasadę nakazującą przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez uznanie, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - a więc również konsorcjów, warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynnością winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców, mimo iż przepisy art. 2 i 36 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 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 koncesji przez wszystkich przedsiębiorców wykonujących działalność, o której mowa powyżej.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ, poprzez zamieszczenie w rozdziale 7 SIWZ - „informacja o dokumentach”- zapisu 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, przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również przez wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, tj. przez wszystkich członków konsorcjum, lub też unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na udzieleniu odpowiedzi z dnia 17 czerwca 2011 r. i nakazanie zamawiającemu udzielenia odpowiedzi zgodnej z wyrokiem KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. oraz przepisami ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 67 poz. 679z późn. zm.) o wykonywaniu 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 uzasadnieniu odwołujący opisał dotychczasowy przebieg postępowania, w tym wypadkowe postępowanie odwoławcze, zakończone wyrokiem Izby z dnia 7 czerwca 2011r. wydanym w sprawie sygn. akt Kio 1116/11, w którym Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ poprzez zamieszczenie w rozdziale 6 żądania dotyczącego złożenia koncesji. Zamawiający wyrok wykonał i stosowny zapis zamieścił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Następnie, w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców w dniu 17 czerwca 2011 r. Zamawiający stwierdził, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - a więc również konsorcjów, warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców. Odwołujący uważa, że udzielona odpowiedź jest sprzeczna z wyrokiem Izby z dnia 7 czerwca 2011r. oraz z zasadami prowadzenia działalności koncesjonowanej. Podkreślił, iż w jego ocenie, zamawiający wbrew wyrokowi Izby zamierza dopuścić wykonawców nie posiadających koncesji do udziału w postępowaniu. Wskazał, że zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, taka czynność zamawiającego, jako mająca na celu obejście prawa, jest nieważna z mocy prawa. Podniósł, że koncesja jest przypisana indywidualnie oznaczonemu podmiotowi, który nie może przenosić uprawnień z tytułu koncesji na inne podmioty ( wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1311/10; KIO/UZP 1312/10; KIO/UZP 1313/10, wyroku z dnia 31 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 marca 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 34/07 oraz z dnia 18 grudnia 2006 r., sygn. akt: XIX Ga 520/06). Podał definicję obrotu z art. 3 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i

technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, wskazującą, że przez obrót rozumieć działalność handlową dotyczącą materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, w tym pośrednictwo polegające na negocjowaniu, doradztwie handlowym, pomocy w zawieraniu umów oraz organizowaniu przemieszczania materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, z wyłączeniem spedytorów, wykonywaną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Z tej definicji, w ocenie odwołującego, wynika, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi legitymować się posiadaniem koncesji. Wskazał, że w konsekwencji wykonawcy ci mogą w prowadzonym postępowaniu zaoferować znacznie niższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, niż wykonawcy taką koncesję posiadający, gdyż uzyskanie koncesji wiąże się z koniecznością poniesienia przez podmiot o nią się ubiegający kosztów uzyskania i utrzymania koncesji. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 27 czerwca 2011r. faksem.

W dniu 28 czerwca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując oraz zamieszczając kopię odwołania na swojej stronie internetowej i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 4 lipca 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o uznanie odwołania za niezasadne oraz dopuszczenie dowodów z :

- Potwierdzenia z dnia 13 czerwca 2011r. przesłania drogą elektroniczną zmiany ogłoszenia do Dziennika Urzędowego UE,
- Publikacji w dniu 15 czerwca 2011r. zmiany treści ogłoszenia,
- Publikacji zmiany treści ogłoszenia w dniu 15 czerwca 2011r. w siedzibie zamawiającego,
- Potwierdzenia z dnia 15 czerwca zamieszczenia zmiany treści ogłoszenia oraz siwz,
- Odpowiedzi z dnia 17 czerwca 2011r. wraz z potwierdzeniem zamieszczenia jej na stronie internetowej zamawiającego,
- zmiany treści siwz w dniu 27 czerwca 2011r. wraz z potwierdzeniem jej zamieszczenia na stronie internetowej,
- Dokumentacji postępowania złożonej w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1116/11.

W uzasadnieniu odpowiedzi zamawiający wskazał, że w dniu 17 maja 2011r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu publicznym i zakwalifikował zamówienie jako usługę. W rozdziale 5 siwz i rozdziale 6 siwz nie zawarł żądania złożenia koncesji MSWiA. Wyrokiem z dnia 7 czerwca 2011r. Izba w sprawie sygn. akt KIO 1116/11 nakazała zamawiającemu zmianę siwz poprzez zamieszczenie wymogu posiadania i złożenia zamawiającemu koncesji MSWiA w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Zamawiający wyrok wykonał dokonując zmiany siwz. Na pytanie jednego z wykonawców w dniu 17 czerwca 2011r. zamawiający wskazał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki określone w rozdziale 5 siwz winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców, albo wszyscy ci wykonawcy wspólnie. Po przeanalizowaniu doktryny i orzecznictwa zamawiający zmienił stanowisko wyrażone w odpowiedzi na pytanie i w dniu 27 czerwca 2011r. opublikował na stronie internetowej zmianę treści siwz w zakresie rozdziału 7 ust. 2 i 3 doprecyzowującą, iż każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać i samodzielnie złożyć zamawiającemu indywidualną koncesję MSWiA. W tym samym dniu odwołujący wniósł odwołanie. Zamawiający uważa, że wobec braku cofnięcia odwołania, zamawiający uważa takie działania odwołującego za nieuzasadnione przewlekanie postępowania i dlatego wniósł o uznanie odwołania za bezzasadne.

W piśmie z dnia 7 lipca 2011r. zamawiający oświadczył, iż uznaje zarzuty odwołania w całości. Pismo to zostało podpisane przez Dowódcę Jednostki Wojskowej.

#### **Izba zważyła, co następuje :**

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości i uczyni zadość żądaniom Odwołującego, to Izba uznała to oświadczenie za wiążące. Dodatkowo zamawiający w dniu 27 czerwca 2011r. dokonał zmiany treści siwz, zgodnie z żądaniem zamawiającego, czego dowód stanowi potwierdzenie zamieszczenia zmiany siwz z dnia 27 czerwca 2011r. załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca

skład orzekający Izby stwierdził, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby uwzględnił okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....