

Sygn. akt: KIO 1407/12

**WYROK**

**z dnia 18 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk  
Aneta Mlącka  
Izabela Niedziałek-Bujak

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., (3) Konsalnet Monitoring Sp. z o.o., (4) Konsalnet Security Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Securitas Services Sp. z o.o., ul. Cybernetyki 21, 02-677 Warszawa;**
- B. wykonawcy **Agencja Ochrony Osób i Mienia GUARD-SERVICE Sp. z o.o., ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań;**
- C. wykonawcy **Impel Security Polska Sp. z o.o. Ochrona Osób i Mienia, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;**
- D. wykonawcy **GWARANT Agencja Ochrony S.A., ul. Cygana 2, 45-131 Opole;**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., (3) Konsalnet Monitoring Sp. z o.o., (4) Konsalnet Security Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., (3) Konsalnet Monitoring Sp. z o.o., (4) Konsalnet Security Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., (3) Konsalnet Monitoring Sp. z o.o., (4) Konsalnet Security Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** na rzecz **Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego S.A., Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice** kwotę **3 831 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści jeden złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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:** .....

.....

.....

## Sygn. akt: KIO 1407/12

### Uzasadnienie

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm Konsalnet Ochrona sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Konsalnet Inowopol sp. z o.o. i Konsalnet Monitoring sp. z o.o. oraz Konsalnet Security sp. z o.o. [dalej: Odwołujący lub wykonawca KONSALNET] wnieśli odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest wykonanie „*Usługi polegającej na kontroli bezpieczeństwa osób, bagażu podręcznego, bagażu rejestrowanego oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków, przesyłek i poczty*”. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu – Górnśląskiemu Towarzystwu Lotniczemu SA naruszenie: (1) art. 89 ust.5 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie; (2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez odstępstwo od zasady równości i uczciwej konkurencji podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne; (3) art. 23 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie polegające na przyjęciu, że Konsorcjum spółek nie może złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji, gdy żaden przepis prawa nie wyklucza wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia; (4) art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i przyjęcie, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w zamówieniu, w związku z błędnym przyjęciem przez Zamawiającego, że złożył on nieprawdziwe oświadczenie, co w efekcie skutkuje niezastosowaniem się Zamawiającego do art. 23 ust. 1 ustawy Pzp oraz (5) art. 22 b ustawy z dnia 22.08.21997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r. nr 145, poz. 1221 ze zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie na tej podstawie Konsorcjum Spółek z udziału w postępowaniu. Wykonawca ponadto wskazał, że jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego, gdyż dokonane przez niego czynności odrzucenia wniosku, a tym samym zastosowanie art.24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp nastąpiło z uchybieniem przepisów wskazanych powyżej. Zgodnie z kryterium wyboru określonym w pkt. VI.3 ogłoszenia oraz art. 57 ustawy Pzp Zamawiający zaprosił do złożenia ofert wstępnych 7 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący po uwzględnieniu odwołania zostanie zaproszony do kolejnego etapu negocjacji i może ubiegać się o zamówienie publiczne oraz złożyć najkorzystniejszą ofertę. W uzasadnieniu podał, że podstawę wniesienia odwołania stanowi decyzja Zamawiającego (transmisja faksowa z dnia 27.06.2012 r. o wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania. na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, wobec niespełnienia zdaniem Zamawiającego warunku określonego w pkt III 2.1) ad. C) ppkt 5 ogłoszenia, w związku z pkt III 1.2. ogłoszenia. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający podał złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, co jest niezgodne - zdaniem Zamawiającego z

art.22 b ustawy o ochronie osób i mienia. Zdaniem wykonawcy tak przedstawiona interpretacja art.22 b ustawy o ochronie osób i mienia wyklucza właściwe zastosowanie procedury przetargowej w przedmiotowym postępowaniu. W tym przypadku podał, że punkt IV ust.1.1 ogłoszenia określa rodzaj zastosowanego przez Zamawiającego trybu przetargowego. Negocjacje z ogłoszeniem zgodnie z art. 54 ustawy Pzp to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców, a nie wykonawcę dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Ponadto jest to tryb konkurencyjny - otwarty, nie ogranicza możliwości złożenia wniosków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Podał także, że uzasadnienie wykluczenia wniosku Odwołującego podane w piśmie z dnia 27.06.2012 r. jest niezgodne z art.23 ust. 1 oraz art.54 ustawy Pzp. W tym przypadku podał, że zgodnie z art. 23 ust.1 ustawy *„Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego”*. Powyższa regulacja umożliwia Wykonawcom zawiązanie konsorcjum spółek na mocy, którego konsorcjanci traktowani są, jako samodzielny podmiot, który wspólnie spełnia warunki postawione przez Zamawiającego. Konsorcjum jest jedną z form koncentracji gospodarczej. Można to pojęcie zdefiniować, jako porozumienie, co najmniej kilku samodzielnych podmiotów. Treścią porozumienia jest wzajemne zobowiązanie do wspólnej realizacji określonego zamówienia na rzecz określonego zamawiającego. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie może odmówić przyjęcia ofert wspólnej. Przyczyny wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zostały szczegółowo zdefiniowane w art. 24 ustawy Pzp i stanowią katalog zamknięty. Podał taką, że Zamawiający argumentuje swoje stanowisko stwierdzeniem, że art. 22 b ustawy o ochronie osób i mienia stanowi przepis szczególny w stosunku do art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego wyklucza jego stosowanie. Zdaniem wykonawcy nawet gdyby przyjąć taką interpretację to art. 22 b ustawy o ochronie osób i mienia nie może stanowić podstawy wykluczenia z postępowania, co ma miejsce w niniejszym przypadku. Co prawda Zamawiający powołuje się na art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp, nie mniej jednak w punkcie III 2.1. Ad C ppkt 5, jest odwołanie się do art. 22 b ustawy o ochronie osób i mienia. Skoro, zatem przyczyny wykluczenia wykonawcy zostały szczegółowo wymienione w art. 24 ustawy Pzp, Zamawiający nie może pośrednio powoływać się na zapisy innych ustaw. Ponadto w ocenie Odwołującego się ustawa o ochronie osób i mienia oraz ustawa Prawo zamówień publicznych są to akty prawne równorzędne, wobec czego przepisy ustawy o ochronie osób i mienia nie mogą stanowić podstawy wyłączenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W konkluzji stwierdził, że stanowisko Zamawiającego, (które nie mogło być znane na etapie ogłoszenia) świadczy tylko i wyłącznie o błędnie zastosowanej procedurze przetargowej, ponieważ ustawodawca przewidział w ustawie tzw. tryby niekonkurencyjne,

czyli zamknięte, w których ograniczono możliwość złożenia wniosku i oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne (konsorcjum). Wynikają to z art. 61, 66 i 69 ustawy Pzp. Wobec tak przedstawionego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż brak jest podstaw do zastosowania art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp wobec Odwołującego, ponieważ złożył w wymaganym terminie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wniosek spełnił wymagania formalne określone w ogłoszeniu.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło czterech wykonawców: Securitas Services Sp. z o.o. z Warszawy, Agencja Ochrony Osób i Mienia GUARD-SERVICE Sp. z o.o., Poznań, Impel Security Polska Sp. z o.o. Ochrona Osób i Mienia z Wrocławia, oraz GWARANT Agencja Ochrony S.A. z Opola, którzy wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przede wszystkim stwierdził, że Zamawiający przede wszystkim wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem jego zdaniem zarzut błędnego zastosowania art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, mający bezpośredni związek z wykluczeniem Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest spóźniony. Wobec powyższego kwestionowanie na obecnym etapie, tj. po ogłoszeniu przez Zamawiającego wyników badania i oceny wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, należy uznać za spóźnione. Odnosząc się merytorycznie do zarzutów stwierdził, że Odwołujący w treści odwołania nic wskazał, na czym miałyby polegać błędne zastosowanie art. 89 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający dotychczas nie zapraszał uczestników postępowaniu do składania ofert. Zamawiający dokonał jedynie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego przepis ten, nie może znaleźć zastosowania do wniosków o dopuszczenie wykonawców do udziału w postępowaniu i ze względu na powyższe zarzut dotyczący błędnego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jako chybiony nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp – w szczególności wskazał na pkt III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu [Forma prawna, jaką musi przyjąć grupa wykonawców, której zostanie udzielone zamówienie] oraz zawarty w tym pkt przepis art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia, oraz na pkt III.2) ogłoszenia o zamówieniu [Warunki udziału...], z których to postanowień wynikał brak możliwości wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie publiczne na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp w związku ze wskazanym art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione

w odwołaniu, Izba ma także obowiązek stwierdzić, czy dany zarzut został wniesiony w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba w przedmiotowym odwołaniu podniesiono zasadniczy zarzut naruszenia art. 23 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia oraz zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, wobec błędnego przyjęcia, że Konsorcjum spółek nie może złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, co skutkuje także naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Drugi z kolei zarzut, dotyczy naruszenia art. 89 ust.5 ustawy Pzp z uwagi na jego błędne zastosowanie i art. 7 ust.3 ustawy Pzp, a ostatni – zasadniczy - naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp – z uwagi na bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Z ustaleń w sprawie wynika, że zarzut naruszenia art. 23 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp jest zarzutem podniesionym po terminie. Zarzut ten dotyczy bowiem treści Ogłoszenia o zamówieniu, a zatem - w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp lub stosując odpowiednio ust.1 pkt 1 lub ust. 2 pkt 1 tego przepisu - wykonawca mógł ten zarzut podnieść skutecznie w terminie 10 dniu od daty jego publikacji [Ogłoszenie o zamówieniu - data publikacji 28.03.2012 r.]. W tym przypadku Izba miała na uwadze pkt III. 1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, określający dopuszczalną formę prawną, jaką mogła przyjąć w tym postępowaniu grupa wykonawców, której zostanie udzielone zamówienie. Zgodnie z tym postanowieniem, Zamawiający powołując się na przepis art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia stwierdził, że (...) Przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych jest obowiązany wykonywać tę działalność samodzielnie, bez możliwości powierzania wykonywania czynności z zakresu ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych innym podmiotom". Definicja przedsiębiorcy pośrednio wynika z przepisów ustawy o ochronie osób i mienia oraz nawiązuje do definicji przedsiębiorcy wskazanej w ustawie z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. nr 220, poz.1447). Zgodnie z tymi przepisami przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ta ustawa, nie nawiązując do definicji wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp, za przedsiębiorców uznaje tylko wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Tym samym Zamawiający – zdaniem Izby - w postępowaniu którego przedmiotem jest wykonanie „Usługi polegającej na kontroli bezpieczeństwa osób, bagażu podręcznego, bagażu rejestrowanego oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków, przesyłek i poczty" wyłączył możliwość posłużenia się pojęciem wykonawcy, do którego odsyła ustawa w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiąc w ust. 1 tego artykułu o wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe

potwierdza także pkt III. 2) Ogłoszenia o zamówieniu [Warunki udziału...], w którym Zamawiający nie zawarł regulacji dotyczących warunków wspólnego ubiegania się przez wykonawców o to zamówienia, odsyłając wyłącznie do możliwości powoływania się - na podstawie art. 26 ust.2b ustawy Pzp - na potencjał podmiotu trzeciego przez wykonawcę samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Izba zauważa także, że sporny warunek udziału w postępowaniu, nie był też przedmiotem zapytania wykonawcy, mimo że postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu w tej części mogły nasuwać co najmniej wątpliwości – wobec braku odwołania do postanowień art. 23 ustawy Pzp ze wskazaniem jednocześnie na art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia oraz art. 26 ust.2b ustawy Pzp, dotyczącego możliwości posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest brak podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp. W tym przypadku bowiem Zamawiający konsekwentnie uwzględniał wnioski o dopuszczenie do udziału tylko tych wykonawców, którzy samodzielnie złożyli takie wnioski, wykluczając z postępowania wykonawcę, który złożył wniosek wspólnie z innymi wykonawcami, nie potwierdzając tym samym warunku samodzielnego wykonywania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.3 ustawy Pzp podlega także oddaleniu. Pierwszy z nich dotyczy bowiem podstaw odrzucenia oferty, który został wykluczony z postępowania, a drugi – udzielenia zamówienia wykonawcy niewybranemu zgodnie z ustawą. Przede wszystkim te zarzuty należało uznać – w okolicznościach niniejszej sprawy – za przedwczesne, z uwagi na to, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem, czynności dotyczą pierwszego etapu, albowiem są związane wyłącznie z oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając 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).

.....

.....

.....