

WYROK

z dnia 22 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez wykonawcę

GWARANT Agencja Ochrony Sp. z o. o. w Warszawie (ul. Cygana 2) ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Ożarowicach (ul. Wolności 90)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu - Górnośląskie

Towarzystwo Lotnicze S.A. w Ożarowicach usunięcie z pkt. III.1.8.) Ogłoszenia o zamówieniu klauzuli „Zatem oferta może być składana tylko przez jeden podmiot. Nie dopuszcza się w niniejszym postępowaniu złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia” oraz z Rozdziału XIV specyfikacji warunków zamówienia klauzuli „Ofertę może złożyć tylko jeden podmiot i nie dopuszcza złożenia oferty przez wykonawców występujących wspólnie.” i dostosowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób, aby dopuszczalne było złożenie oferty również przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Górnośląskie Towarzystwo

Lotnicze S.A. w Ożarowicach:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 groszy (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3.600 zł 00 groszy poniesione przez strony tytułem kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika, oraz kwotę 780 złotych 74 grosze (słownie: siedemset osiemdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu wraz z parkingiem odwołującego i opłaty skarbowej 17 zł poniesionej przez zamawiającego;

2.2. zasądza od zamawiającego - Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Ożarowicach na rzecz odwołującego - GWARANT Agencja Ochrony Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 19 380 złotych 74 grosze (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem i wydatkami pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie wraz z parkingiem.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej

Przewodniczący:

KIO 1453/22

Uzasadnienie

Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Ożarowicach (ul. Wolności 90) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.), zwaną także Ustawą, z zastosowaniem art. 392 Ustawy w sprawie udzielania zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi na: „Wybór Wykonawcy realizacji usługi kontroli bezpieczeństwa osób i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Katowice w Pyrzowicach”, numer referencyjny zamówienia U/15/PB/202, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 23 maja 2022 r. numer 2022/S 099-275396, zwane także postępowaniem.

W dniu 30 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o. o. w Warszawie (ul. Cygana 2), którego kopia przekazana została zamawiającemu.

Odwołanie wniesione zostało wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

1) art. 16 ust. 1-3 Ustawy poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia,

2) art. 58 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z przepisem art. 22b ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1995) poprzez wadliwe wyłączenie przez Zamawiającego możliwości wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie publiczne.

Wykonawca żądał nakazania zamawiającemu usunięcia kwestionowanych przez odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, jak również nakazania dopuszczenia możliwości wspólnego ubiegania się przez wykonawców o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy Ustawy i uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wskazał w szczególności, że przepis art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia ma charakter szczególny wobec Ustawy i stanowi definicję pojęcia samodzielnego wykonywania działalności gospodarczej w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych i tym samym wyłącza jedynie możliwość zlecenia podwykonawstwa w tym zakresie bez ograniczania możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie.

Pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie podniósł w szczególności, że norma art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia stanowi przepis szczególny w odniesieniu do Ustawy i wyłącza zarówno możliwość ubiegania się wspólnego wykonawców jak i podwykonawstwo w zakresie usług ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych. Zamawiający oświadczył, że zakaz składania oferty wspólnej nie dotyczy przedsiębiorców działających w formie spółki cywilnej.

W toku postępowania Strony przedłożyły Izbie szereg dokumentów, zamawiający dokumentację postępowania oraz dokumentację dotyczącą uprzednio prowadzonych przez niego postępowań w zakresie usług ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych, dla wykazania konsekwencji wykładni normy art. 22b oraz współistnienia różnych stanowisk w tym zakresie, odwołujący w piśmie z dnia 20 czerwca 2022r. powołał postępowania prowadzone przez innych zamawiających, które w jego opinii dotyczyły tożsamego z objętym niniejszym postępowaniem przedmiotu zamówienia i jednocześnie dopuszczały możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano. Jednocześnie Izba pominęła pozostałe dowody z dokumentów oraz twierdzeń Stron, co do postępowań innych zamawiających jako nieadekwatne dla istoty rozstrzygnięcia wobec wskazywania przez nie wyłącznie stanowisk lub praktyki podmiotów trzecich lub zamawiającego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba ustaliła, że:

- przedmiot zamówienia w postępowaniu stanowi usługę ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych koncesjonowaną i objętą reżimem ustawy o ochronie osób i mienia;

- w pkt. III.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu wskazano, że : „Zgodnie z art. 22b ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021 r., poz. 1995) przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych jest obowiązany wykonywać tę działalność samodzielnie, bez możliwości powierzenia wykonywania czynności z zakresu ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych innym podmiotom. Zatem oferta może być składana tylko przez jeden podmiot. Nie dopuszcza się w niniejszym postępowaniu złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.”;

- w Rozdziale XIV SWZ wskazano, że: „Ofertę może złożyć tylko jeden podmiot i nie dopuszcza złożenia oferty przez wykonawców występujących wspólnie.”.

Tym samym w postępowaniu zamawiający wyłączył możliwość składania w postępowaniu oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenie.

Zgodnie z normą art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia „Przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych jest obowiązany wykonywać tę działalność samodzielnie, bez możliwości powierzenia wykonywania czynności z zakresu ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych innym podmiotom”. Jednocześnie zgodnie z normą art. 58 Ustawy Art. 58. 1 „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.”

Dodatkowo Izba wskazuje również, że norma art. 58 ust. 4 Ustawy stanowi, że: „W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. 5. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.”, a ponad to, że zgodnie z art. 60 ust. 1 Ustawy „Zamawiający może zastrzec obowiązek

osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi.”

W ocenie Izby norma art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia odnosi się etapu realizacji umowy - do wykonywania usługi w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych - i nie reguluje kwestii ofertowania - dopuszczalności składania ofert wspólnych - lub zawierania umowy na usługi ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych przez stronę wielopodmiotową.

Norma art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia statuuje zasadę, że podmiot prowadzący działalność w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych nie może powierzyć innemu podmiotowi wykonywania czynności związanych z realizacją tych usług. Zakaz podyktowany jest okolicznością prawną wynikającą z charakteru działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony lotnictwa, dla której ustawodawca przewidział normą art. 15 i następną ustawy o ochronie osób i mienia, obowiązek pozyskania koncesji, co obwarowane jest szeregiem warunków prawnych.

Nakaz samodzielnej realizacji usług z zakresu ochrony lotnictwa cywilnego z wyraźnym wyłączeniem możliwości jej powierzenia podmiotowi trzeciemu wynika z faktu, że koncesję uzyskuje jeden skonkretyzowany podmiot, co łączy się z określonymi uprawnieniami i obowiązkami dla tegoż. W konsekwencji należy uznać, że prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony lotnictwa cywilnego jest działalnością niezastępowalną. Niezastępowalność wykonywania działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony lotnictwa cywilnego przez podmiot, który uzyskał koncesję jest konsekwencją osobistego charakteru koncesji, która nie jest nawet objęta następstwem prawnym. Koncesja jest aktem publicznoprawnym i nie może stanowić przedmiotu obrotu oraz nie może być przedmiotem sukcesji [vide S. Babiarz (red.), K. Aromiński, Ustawa o grach hazardowych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 281].

W ocenie Izby nakaz samodzielnej realizacji działalności gospodarczej w zakresie usług koncesjonowanych ochrony lotnictwa cywilnego oraz zakaz jej powierzania innym podmiotom realizuje się zarówno w stosunkach wertykalnych jak i horyzontalnych i jest niezależny od tego czy wynika ze stosunku umownego czy faktycznego. Jednocześnie jednak nie odnosi się do samej możliwości zawarcia umowy i ofertowania przez stronę wielopodmiotową.

Wprowadzenie ograniczenia, co do możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne przez wykonawców wspólnie stałoby w sprzeczności z normą art. 58 Ustawy i godziłoby w podstawowe zasadę prawa zamówień publicznych o jakich mowa w art. 16 pkt. 1) Ustawy i jednocześnie nie znajduje uzasadnienia w normie art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia.

Dodatkowo Izba wskazuje, że, w szczególności, normy art. 58 ust. 4 oraz 60 Ustawy dają zamawiającym narzędzia niezbędne dla ustalenia zasad realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również z poszanowaniem ograniczeń wynikających z przepisów innych

ustaw - np. ustawy o ochronie osób i mienia.

Izba podkreśla raz jeszcze, że w jej ocenie norma art. 22b ustawy o ochronie osób i mienia reguluje kwestie wykonywania działalności gospodarczej a nie in genere ofertowania. Tutaj złożenie oferty może nastąpić wspólnie przez wykonawców, co może być podyktowane zakresem zamówienia, które obejmować może szerszy zakres działalności gospodarczej niż objęta dyspozycją powołanej wyżej normy, czy też potrzebą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wobec warunków przewidzianych w danym postępowaniu.

Izba zwraca również uwagę na niekonsekwencję stanowiska zamawiającego wobec dopuszczenia przez niego możliwości składania oferty wspólnej przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej w kontekście zakwestionowanych odwołań zapisów ogłoszenia i SWZ. W kształcie przyjętym przez zamawiającego ani ogłoszenie ani SWZ nie dopuszczają ofertowania wspólnego przez wspólników spółki cywilnej.

Mając na uwadze powyższe Izba rozstrzygnęła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na

podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy oraz § 5 oraz 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 Ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 Ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b) a także inne uzasadnione wydatki (pkt. 2 lit. d).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła zamawiającego całością kosztów i wpisu poniesionych przez odwołującego.

W poczet kosztów postępowania zaliczono kwotę 15.000 zł 00 groszy (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3.600 zł 00 groszy poniesione przez strony tytułem kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika, kwotę 780 złotych 74 grosze (słownie: siedemset osiemdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu wraz z parkingiem odwołującego i opłaty skarbowej 17 zł poniesionej przez zamawiającego. Stąd Izba zasądziła od zamawiającego - Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Ożarowicach na rzecz odwołującego - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 19 380 złotych 74 grosze (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem i wydatkami pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie wraz z parkingiem.

Przewodniczący: