

WYROK
z dnia 24 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2015 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo AGAT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kolużkach w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Przedsiębiorstwo AGAT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kolużkach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego Przedsiębiorstwo AGAT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kolużkach, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego Przedsiębiorstwa AGAT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kolużkach na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni kwotę 4 345 zł 53 gr [słownie: czterech tysięcy trzystu czterdziestu pięciu złotych, pięćdziesięciu trzech groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów jego dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający

2

Sygn. akt KIO 1484/15

I. Zamawiający – Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą „*Modernizacja składu MPS w Dębogórze – zadanie nr 12639 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

II. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu – koncesji – w zakresie, w jakim ta załączona do wniosku nie wymienia uprawnienia do wykonywania ochrony osób. Wobec tej czynności Odwołujący złożył odwołanie, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu „ubezskutezczenia” wezwania do

uzupełnienia dokumentu koncesji wobec faktu, iż koncesja złożona przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnia wymagania Ogłoszenia o zamówieniu oraz jest zgodna z przepisami ustawy o ochronie osób i mienia a także pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w Sekcji II 1.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2015–064942 dotyczącego postępowania zawarty został następujący wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają koncesję na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego wydaną przez MSWiA lub MSW, przy czym Zamawiający wymagał złożenia kserokopii ważnej koncesji na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego wydanej przez MSWiA lub MSW. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest: Modernizacja składu MPS w Dębogórze – zadanie nr 12639 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, a także, że złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument w postaci kopii poświadczony za zgodność z oryginałem koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, spełniając wymaganie Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący podał, że koncesja z 6 października 2005 r. Nr L–

3

0252/05 wraz z decyzjami zmieniającymi [zmiany dotyczące odpowiednio przekształcenia spółki oraz zmiany składu zarządu spółki] stanowi dokument potwierdzający spełnianie warunku, o którym mowa w ogłoszeniu, jak również pozwalający na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o ochronie osób i mienia. Zamawiający w dniu 2.07.2015r. działając w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w postaci kserokopii koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego wydanej przez MSWiA lub MSW. Jak wynika z treści uzasadnienia wezwania do uzupełnienia dokumentu Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z Rozdziałem III.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu – do wniosku należało załączyć kserokopię koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia w formie zabezpieczenia technicznego wydanej przez MSWiA lub MSW. Zamawiający sprawdzając wniosek stwierdził we wniosku AGAT brak kserokopii ww. koncesji bowiem do wniosku załączona została koncesja na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 07.07.2015 r. potwierdził ponownie, iż złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument w postaci kopii poświadczony za zgodność z oryginałem koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego spełnia wymaganie Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący podniósł, iż ustawa o ochronie osób i mienia posługuje się łącznym pojęciem „ochrona osób i mienia” [zarówno w brzmieniu aktualnym dla prowadzonego postępowania jak również dla czasu uzyskania samej koncesji przez Odwołującego]. Ustawa ta określa zasady prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia i o takiej działalności gospodarczej mówi [np. art 19, art.22, art. 23, art. 25, art. 55 ust. 2, art. 56 ustawy o ochronie osób i mienia]. W art 3 ustawy wyraźnie zostały rozróżnione formy ochrony osób i mienia. Są to: wymieniona w punkcie 1) forma bezpośredniej ochrony fizycznej oraz wymieniona w punkcie 2) forma zabezpieczenia technicznego. Ochrona osób i mienia w formie zabezpieczenia technicznego może polegać na montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania lub montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. Zastosowana przez ustawodawcę konstrukcja art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia jednoznacznie wskazuje, iż wymienione w tym artykule formy realizowania ochrony [bezpośrednia ochrona fizyczna oraz

4

zabezpieczenie techniczne] w swym zakresie odnoszą jednocześnie do ochrony osób i mienia. Przesądza o tym zastosowanie koniunkcji w wyrażeniu: „ochrona osób i mienia realizowana jest w formie” Zastosowanie koniunkcji [spójnik „i”] oznacza, że wyrażenie jest prawdziwe tylko wtedy, gdy prawdziwe są oba człony wyrażenia. Tym samym na gruncie art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia nie jest możliwe rozdzielanie form realizacji ochrona na ochronę osób [która mogłaby być realizowana w formie bezpośredniej ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego] oraz oddzielnie na ochronę mienia [także realizowana w formie bezpośredniej ochrony fizycznej oraz zabezpieczenia technicznego]. Zastosowanie koniunkcji w wyrażeniu „ochrona osób i mienia” oznacza, że każda z form realizacji ochrony wskazana w treści art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia odnosi się jednocześnie do ochrony osób oraz ochrony mienia. Z treści przedłożonej wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesji wynika, iż została wydana na podstawie art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie osób i mienia, a więc obejmuje ochronę osób i mienia realizowaną w formie zabezpieczenia technicznego. Zakres i forma koncesji Odwołującego określone zostały poprzez wskazanie w treści koncesji podstawy prawnej. Zacytowanie treści ww. przepisu w koncesji lub brak zacytowania przepisu jest jedynie kwestią formalną i w żaden sposób nie ogranicza zakresu lub formy udzielonej koncesji. Koncesja wydana na podstawie art. 3 pkt 2 obejmuje ochronę osób i mienia [co wynika wprost z literalnego brzmienia przywołanego przepisu]. Nie obejmuje zaś bezpośredniej ochrony fizycznej, która stanowi inną formę wykonywania działalności gospodarczej usług ochrony osób i mienia [określoną w art. 3 pkt 1).

Powyższe potwierdza także Informator dla przedsiębiorców ubiegających się o wydanie koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, wydany przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wraz z załączonym gotowym wzorem do wypełnienia – wnioskiem o wydanie koncesji [promesy] na prowadzenie działalności gospodarczej. W punkcie III wniosku pn. „Zakres wnioskowanej działalności gospodarczej” znajdują się pola do wypełnienia. Wniosek nie rozróżnia możliwości oddzielenia usługi ochrony osób od usługi ochrony mienia, Przewiduje natomiast rozróżnienie formy ochrony, tj. wypełniający może zaznaczyć wybór jako formy ochrony bezpośrednią ochronę fizyczną lub też zabezpieczenie techniczne [lub każdą z tych opcji]. Jak wynika z powyższego, dokument złożony wraz z wnioskiem, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu jak w ogłoszeniu o zamówieniu tj.: posiadanie koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia w formie zabezpieczenia technicznego wydanej przez MSWiA lub MSW.

Powyższe ustalenie znajduje odzwierciedlenie w analogicznym do przedmiotowej sprawy orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w spr. o sygn. akt 1311/10,1312/10,1313/10 z dnia 14 lipca 2010 r. Dotyczy on warunku określonego przez Zamawiającego w taki sam sposób jak w przedmiotowym postępowaniu, jak również koncesji złożonej przez wykonawcę Wasko w takiej samej treści i zakresie jak posiadana przez AGAT. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia koncesji o właściwą jego zdaniem [złożona w ofercie dotyczyła „tylko” ochrony mienia w formie zabezpieczenia technicznego – nie zaś ochrony osób i mienia w formie zabezpieczenia technicznego]. Wykonawca uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokument składając ponownie pierwotnie złożony dokument a wnosząc odwołanie do KIO wniósł o uznanie wykluczenia dokonanego przez zamawiającego za wadliwe, co Izba w wyroku potwierdziła.

Argumentacja, jaką posłużyła się KIO uwzględniając odwołanie jest nadal w pełni aktualna wobec faktu, iż dotyczy tego samego stanu prawnego i podstawy wydania decyzji koncesyjnej.

W ocenie Odwołującego – dokument koncesji złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu potwierdza skutecznie spełnienie warunku w brzmieniu jak w ogłoszeniu i uprawnia do prowadzenia działalności gospodarczej objętej przedmiotem zamówienia do którego warunek ten był związany

i proporcjonalny w trybie art. 22 ust 4 ustawy. Odwołujący podkreślił, że w sytuacji niezłożenia przez Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego z dnia 2.07.2015 r. koncesji o której mowa w treści wezwania, istnieje realne ryzyko, że Zamawiający wykluczy Odwołującego z postępowania i zostanie on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia co narusza interes prawny Odwołującego.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie, nie podzielono argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego na posiedzeniu oraz w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą odwołanie powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy. Stwierdzenie braku przesłanek materialnoprawnych nie skutkuje odrzuceniem odwołania, ale brakiem rozpoznania merytorycznego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Niezależnie od powyższego, nie sposób podzielić stanowiska o braku przesłanek

6

materialnoprawnych w zakresie kwestionowania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu. Czynność ta ma bowiem charakter samodzielny i tak jak każda inna czynność lub zaniechanie w postępowaniu może być skutecznie kwestionowana, skoro od niej zależy dalszy tok czynności, a tym samym ewentualny wynik postępowania. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu, w swej treści niesie zarazem określoną, negatywną ocenę zamieszczonego w ofercie lub wniosku dokumentu a w braku uzupełnienia dokumentu – jego skutek sięga wykluczenia z postępowania. Dopuszczalność kwestionowania w odwołaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdza wreszcie orzecznictwo, przykładowo uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 listopada 2011 r. w spr. o sygn. akt V Ca 2059/11.

Rozpatrując zarzuty uznano, że decydującą dla oceny zasadności postawionych zarzutów jest treść SIWZ, ta zaś mówi o obowiązku przedłożenia ważnej koncesji na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego, wydanej przez MSWiA lub MSW.

Wbrew stanowisku Odwołującego, koncesję należy odczytywać zgodnie z jej brzmieniem i zakresem, nie zaś przez pryzmat przepisów, na podstawie których ją wydano. Zakres koncesji wyznaczają bowiem nie tylko przepisy mówiące o zakresie koncesji ale także wniosek zainteresowanego podmiotu, na podstawie którego ją wystawiono. Z treści koncesji natomiast wprost wynika, że jej zakres obejmuje prowadzenie działalności w zakresie ochrony mienia. Niezależnie zatem od tego, w jakim zakresie przepisy przewidują możliwy zakres takiej koncesji, istotne jest, że taki właśnie zakres wskazano w koncesji. Koncesja jest tego rodzaju dokumentem, z którego treści wynika zakres uprawnień udzielonych uprawnionemu. Zakres ten nie wynika bezpośrednio z przepisu, ale z zezwolenia organu udzielającego koncesji. Akt koncesji upoważnia koncesjonariusza do prowadzenia ściśle określonej działalności, to jest tej, jaką wskazano w dokumencie.

Odwołujący upatrywał zasadności podnoszonych argumentów, zgodnie z którymi, mimo treści koncesji, obejmuje ona prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie ochrony mienia a także osób, co wynikać ma wprost z treści przepisów, tj. art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia. Nie wynika to jednak z treści koncesji, a przeciwnie – w jej treści wskazano, że nie wymaga ona uzasadnienia, ponieważ wydana została w zakresie i zgodzie z wnioskiem o jej wydanie. Potwierdza to treść pisma pochodzącego z MSWiA, gdzie powołano się na zawartość dokumentacji, służącej wydaniu koncesji oraz treść wniosku Odwołującego z 2005 r., z którego to miało wynikać, że Odwołujący wystąpił wyłącznie o koncesję dotyczącą prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie ochrony mienia. Odwołujący zaś nie zaprzeczył, że jego wniosek z 2005 r. miał taki właśnie zakres. Zapytany na

7

rozprawie, czy dysponuje tym wnioskiem podał, że nie posiada kopii tego wniosku. Nie jest więc tak, jak starał się wykazać Odwołujący, że to niejednolita praktyka organu wydającego koncesję spowodowała taką jej treść, ale wniosek Odwołującego.

Ponadto, złożony przez Odwołującego wydruk Informatora pobrany ze strony MSWiA, zawierający wzór wniosku, wskazujący na to, że koncesja każdorazowo obejmuje uprawnienie do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia, nosi datę 2008 r. Odwołujący nie wykazał, że w dacie składania przez niego wniosku ów wzór funkcjonował, zaś wniosek przeciwny wynika z treści samej koncesji jak i pisma MSWiA, gdzie wyraźnie podano, że koncesję wydano stosownie do zakresu wniosku, oraz że wniosek obejmował prowadzenie działalności gospodarczej tylko w zakresie ochrony mienia.

Nie stanowi także argumentu przekonującego o zasadności podniesionych zarzutów fakt, że w jednym z postępowań odwoławczych [o sygn. KIO 1311/10, KIO 1312/15 i KIO 1313/10] Krajowa Izba Odwoławcza uznała że koncesja opisana jako dotycząca ochrony mienia obejmuje zarówno ochronę mienia jak i osób. Wydany w jednym z postępowań wyrok nie wiąże w innym postępowaniu, nie kreuje też precedensu, skutkującego obowiązkiem analogicznej oceny jak dokonana wcześniej.

Nie podlegały rozpoznaniu te zastrzeżenia Odwołującego, które odnosiły się do zestawienia spornego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania koncesją w zakresie ochrony osób i mienia z przedmiotem zamówienia obejmującym ochronę mienia, a tym samym, które nawiązywały do nieproporcjonalności warunku. Zastrzeżenia wobec treści SIWZ lub ogłoszenia winny być podnoszone w odpowiednim terminie [art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy], zaś na obecnym etapie oceny wniosków należy je uznać za spóźnione. Pozostawiono je zatem do oceny Zamawiającego. Zamawiający jest bowiem uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, samodzielnego ich naprawienia – jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości [wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. w spr. X Ga 85/15, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12].

W konsekwencji, Zamawiający, dostrzegając nie korespondujący z warunkiem udziału w postępowaniu zakres koncesji, mając potwierdzenie stanowiska w piśmie wystawcy koncesji [MSWiA] zasadnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, co czyni postawione zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w

8

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – nieuzasadnionymi.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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].

Uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego zgodnie ze złożoną fakturą VAT w kwocie 3 600 zł a także koszty dojazdu tego pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę na podstawie przeliczenia ilości kilometrów i wynikającej z przepisów stawki, to jest w kwocie 745,53 zł

Skład orzekający:

9