

WYROK

z dnia 12 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Imina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2019 r. przez wykonawcę MILDAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu - Komendzie Głównej Policji z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego - MILDAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowania w zakresie zadania nr 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie zadania nr 1 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1 z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego - Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego - MILDAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup amunicji strzeleckiej w ramach 3 zadań” (nr postępowania 29/Cut/19/EJ). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 040-089643. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28 czerwca 2019 r. wykonawca MILDAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie zadania nr 1: „Zakup amunicji kal. 9x19mm Parabellum z pociskiem typu TFMJ, wykonanych zgodnie ze Specyfikacją Techniczną. Amunicja do broni strzeleckiej. 9x19mm Parabellum (załącznik nr 1a do SIWZ) - w ilości 11.379.00 szt.” czynności polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, wykluczeniu Odwołującego z postępowania, niewykonaniu wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 903/19, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zaoferowana przez Odwołującego amunicja nie spełnia wymagań SIWZ tj. masa inicjująca zawiera niedozwolony udział metali ciężkich, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy masa inicjująca, co zostało stwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 903/19 nie zawiera metali ciężkich i spełnia wymagania SIWZ, które to wymagania, wyrażone w Karcie zmian nr 1 z dnia 2 maja 2016 r. stanowiącej załącznik do SIWZ, co do braku określonych metali ciężkich, zostały zastrzeżone jedynie dla masy inicjującej, a nie dla całej splotki.
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący, składając w dniu 25 kwietnia 2019 r. wyjaśnienia treści oferty przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, zgodnie z którymi postanowienie zawarte w karcie katalogowej złożonej wraz z ofertą, o zawartości w składzie ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekracza 0,10 % ogólnej wagi dotyczy całej splotki, a nie masy inicjującej, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy informacja ta jest zgodna z prawdą, a masa inicjująca, zgodnie z wymaganiami SIWZ nie zawiera metali ciężkich (ołowiu, antymonu, baru, rtęci) oraz ich związków;
3. art. 192 ust. 1 w zw. z art 7 ustawy Pzp poprzez wyeliminowanie Odwołującego z postępowania (poprzez jego wykluczenie oraz odrzucenie jego oferty), opierając się na stwierdzeniu, że masa inicjująca zaoferowanej amunicji zawiera metale ciężkie (ołów, antymon, bar i rtęć) w sytuacji, gdy wyrokiem z dnia 3 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawcę UMO sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce, w którym wykonawca ten zarzucił, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ właśnie z uwagi na zawartość w masie inicjującej zaoferowanej amunicji niedozwolonych metali ciężkich i stwierdziła; że amunicja zaoferowana przez Odwołującego w zupełności spełnia wymagania Zamawiającego opisane w postanowieniach SIWZ, a jej masa inicjująca nie zawiera niedozwolonych metali ciężkich, co stanowiło de facto niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, którym Zamawiający powinien być związany;
4. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ, została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu;
5. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na brak środków na sfinansowanie zamówienia wobec przyjęcia, że tylko oferta Wykonawcy UMO sp. z o.o. jest ofertą ważną, w sytuacji, gdy w rzeczywistości ważną ofertę złożył również Odwołujący, a zaoferowana przez niego cena jest niższa niż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - tym samym, przesłanka wskazana jako podstawa unieważnienia nie istnieje.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania badania i oceny ofert

z uwzględnieniem faktu zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ oraz faktu, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, w tym także w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia bowiem złożył w postępowaniu ofertę, która zgodnie z twierdzeniami odwołania nie powinna zostać odrzucona oraz Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji, postępowanie nie powinno zostać unieważnione i oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzieleniu mu przedmiotowego zamówienia. Szkoda Odwołującego jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy polega na utracie możliwości uzyskania zamówienia, na wykonanie którego złożył ofertę, która w rzeczywistości uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ.

W treści odwołania przedstawiono następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie na zakup amunicji strzeleckiej w ramach zadania nr 1. W postępowaniu ważne oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i wykonawca UMO sp. z o. o. z siedzibą w Zielonce (dalej również: „Wykonawca UMO”).

Zgodnie z treścią stanowiącej załącznik 1a do SIWZ, Karty zmian nr 1 do Specyfikacji technicznej Amunicji do broni strzeleckiej 9x19mm nabój Parabellum, (nr. ew. 23/U/BLP/KGP/2015), Zamawiający wprowadził następujące wymaganie, co do przedmiotu zamówienia, cyt.: „Masa inicjująca zastosowana w spłonce nie może zawierać metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków. Dopuszczalne jest występowanie czystego ołowiu w ilości nieprzekraczającej 0,1 % masy inicjującej, będące skutkiem zanieczyszczenia masy spłonkowej w toku procesu produkcyjnego.”

W dniu 24 kwietnia 2019 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty. W wezwaniu Zamawiający przytoczył powyższe wymaganie SIWZ oraz wskazał, że w treści karty katalogowej złożonej wraz z ofertą przez Odwołującego dot. zaoficerowanej amunicji zawarto następujące zdanie: „Skład: Nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nieprzekraczającej 0,10% ogólnej wagi.”

W dniu 25 kwietnia 2019 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w których wskazał, że masa inicjująca znajdująca się w zaoficerowanej amunicji, nie zawiera metali ciężkich, przedstawiając na tę okoliczność certyfikat wydany przez Ministerstwo Obrony Włoch (a więc kraj, w którym produkowana jest zaoficerowana amunicja). Dodatkowo, Odwołujący wyjaśnił, że informacja zawarta w karcie katalogowej jest informacją podaną w odniesieniu do całej spłonki, która oprócz masy inicjującej, zawiera tzw. kowadełko, miseczkę, dysk papierowy oraz uszczelniacz. To właśnie w tych, pozostałych elementach spłonki, innych niż masa inicjująca, która zgodnie z ww. certyfikatem nie zawiera wskazanych przez Zamawiającego metali ciężkich, znajdują się wymienione w karcie metale, gdyż kowadełko i miseczka wykonane są z mosiądzu. Dla przykładu, Odwołujący wyjaśnił, że elementy wykonane z mosiądzu mogą zawierać się śladowe ilości ołowiu.

W dniu 7 maja 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, uznając, że spełnia ona wymagania SIWZ.

W dniu 17 maja 2019 r. Wykonawca UMO wniósł odwołanie od ww. czynności Zamawiającego, zarzucając niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca UMO podniósł, że z informacji zawartej w karcie katalogowej złożonej przez Odwołującego wynika, iż masa inicjująca zawiera wykluczone przez SIWZ metale ciężkie.

W toku rozprawy przez KIO, w dniu 3 czerwca 2019 r., Zamawiający uwzględnił odwołanie, jednak z uwagi na sprzeciw Odwołującego, który uprzednio przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, Izba rozpoznała sprawę co do meritum. Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 903/19) KIO oddaliła wniesione przez Wykonawcę UMO odwołanie, uznając, że masa inicjująca amunicji zaoficerowanej przez Odwołującego, wbrew twierdzeniom Wykonawcy UMO, nie zawiera niedozwolonych metali ciężkich. Izba więc wprost rozstrzygnęła o zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie obecności lub braku obecności metali ciężkich w masie inicjującej.

W dniu 12 czerwca 2019 r., wbrew sentencji ww. Wyroku KIO, Zamawiający poinformował wszystkich Wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego, nie przedstawiając w tym zakresie jednak żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego.

Kolejno, pismem z dnia 18 czerwca 2019 r. (doręczonym w dniu 19 czerwca 2019 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a także o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający przytoczył wymagania SIWZ zgodnie z którym: „Masa inicjująca zastosowana w sponce nie może zawierać metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków. Dopuszczalne jest występowanie czystego ołowiu w ilości nieprzekraczającej 0,1 % masy inicjującej, będące skutkiem zanieczyszczenia masy sponkowej w toku procesu produkcyjnego” a także przytoczył fragment treści karty katalogowej amunicji zaoferowanej przez Odwołującego tj.: „Skład: Nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nieprzekraczającej 0,10% ogólnej wagi”. Zamawiający przypomniał, że w treści swoich wyjaśnień złożonych w dniu 24 kwietnia 2019 r. Odwołujący wskazał, iż ww. postanowienie zawarte w karcie katalogowej dotyczy całej sponki, a nie masy inicjującej. Dalej Zamawiający przytoczył, że w toku rozprawy przed KIO, Odwołujący przedłożył dokument producenta amunicji z dnia 31 maja 2018 r. zgodnie z którym kowadełko i miseczka wykonane są z mosiądzu, a zgodnie z powszechną wiedzą, mosiądz jest stopem miedzi i cynku, zawierającym od 10 do 45% cynku. Wobec tego, Zamawiający skonstatował, iż nie jest możliwym, by dla sponki, w której miseczka oraz kowadełko wykonane są z mosiądzu, zawartość cynku mogła wynosić nie więcej niż 0,1 % ogólnej masy sponki. Zamawiający wywiódł z tego, iż ww. postanowienie zawarte w treści karty katalogowej złożonej wraz z ofertą przez Odwołującego dotyczy nie sponki, a masy inicjującej i, że skoro wskazano w nim informację o zawartości ołowiu, antymonu, baru, cynku o wadze nieprzekraczającej 0,10% ogólnej wagi, to tym samym zaoferowana amunicja nie spełnia wymagań SIWZ zawartych w Karcie zmian nr 1, co stanowić powinno podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający wskazał też, że składając wyjaśnienia w dniu 25 kwietnia 2019 r. zgodnie z którymi informacja zawarta w karcie katalogowej dotyczy sponki, a nie materiału inicjującego, Odwołujący, zdaniem Zamawiającego wprowadził go w błąd co rzekomo ziściło podstawę wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

Również pismem z dnia 18 czerwca 2019 r. (doręczonym w dniu 19 czerwca 2019 r.) Zamawiający poinformował Wykonawców, w tym Odwołującego, o unieważnieniu postępowania z uwagi na brak środków na sfinansowanie zamówienia, wyjaśniając, że jedyna ważna oferta, złożona przez Wykonawcę UMO, opiewa na kwotę wyższą niż Zamawiający zamierzał przeznaczyć na przedmiotowe zamówienie.

Wnosząc niniejszy środek ochrony prawnej, Odwołujący zakwestionował prawidłowość zarówno czynności jego wykluczenia z postępowania, jak i również odrzucenia złożonej przez niego oferty - czynności te stoją też w jawnej sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, a więc art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, postanowieniami Załącznika 1a do SIWZ - Karty zmian nr 1, treścią złożonej oferty, a dodatkowo z treścią Wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2019 r. Konsekwencją wspomnianych naruszeń jest również błędne unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przed przystąpieniem do uzasadnienia zarzutów, Odwołujący wyjaśnił, że masa inicjująca amunicji jest tylko jednym z elementów składających się na sponkę. Cała sponka składa się bowiem z miseczki, kowadełka, dysku papierowego, uszczelnienia i właśnie masy inicjującej. W treści odwołania Odwołujący przedstawił rysunek techniczny sponki amunicji zaoferowanej przez Odwołującego, obrazujący jej konstrukcję. Dalej przypomniał, że zgodnie z treścią SIWZ, jedynie w zakresie masy inicjującej, a nie całej sponki, Zamawiający zawarł wymaganie, iż nie może zawierać ona wskazanych metali ciężkich (ołowiu, antymonu, baru, rtęci) ani ich związków.

Uzasadniając pierwszy z podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego przyjmując, że jej treść, w zakresie składu masy inicjującej nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający przyjął bowiem, że informacja zawarta w treści złożonej wraz z ofertą karty katalogowej o składzie zawierającym metale ciężkie dotyczy właśnie wspomnianej masy inicjującej, a nie pozostałych elementów sponki. Niezależnie od wadliwości wywodu, na którym Zamawiający oparł się wyrażając ww. stanowisko (o czym w uzasadnieniu zarzutu nr 2), zdaniem Odwołującego Zamawiający w zupełności pominął, iż zgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2019 r. (sygn. akt 309/19). Podnoszono już, że w toku wspomnianej sprawy przed KIO, Wykonawca UMO zarzucił Odwołującemu zaoferowanie amunicji, której masa inicjująca, zawiera niedozwolone metale ciężkie, a więc sprawa zawisła przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczyła właśnie zgodności oferty Odwołującego z tym samym wymaganiem, z którym niezgodność stwierdził Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Trzeba wyjaśnić, co znalazło wyraz w uzasadnieniu wspomnianego wyroku, iż orzeczenie Izby o zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie zostało oparte tylko i wyłącznie na podstawie zakwestionowanych obecnie przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego z dnia 25 kwietnia 2019 r. (które, na marginesie, nie budziły żadnych wątpliwości Zamawiającego, mimo, iż w toku rozpraw przed KIO nie ujawniły się żadne nowe okoliczności, które nie byłyby tam zawarte). Izba, na podstawie całego zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jednoznacznie stwierdziła, że masa inicjująca zaoferowanej przez Odwołującego amunicji nie zawiera żadnych zakazanych przez SIWZ metali ciężkich. Poza więc własnym,

nieprawidłowym, i opartym na błędnych przypuszczeniach wywodem, Zamawiający nie wskazał żadnego dokumentu czy dowodu, który przemawiałby za niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, a także nie postarał się o skonfrontowanie swoich wywodów z treścią orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej - tym samym nie wykazał żadnych nieprawidłowości po stronie Odwołującego.

Dalej Odwołujący podniósł, iż jak wynika z ugruntowanej wykładni zastosowanego przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czynność odrzucenia oferty, z uwagi na jej charakter i skutki dla Wykonawcy, powinna być oparta na podstawie niebudzących wątpliwości dowodach. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: „W celu oceny wystąpienia przestanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp należy porównać merytoryczną zawartość oferty wykonawcy z wymaganiami, które zostały określone w SIWZ. Uprawnienie a zarazem obowiązek Zamawiającego do odrzucenia oferty za jej niezgodność z treścią SIWZ następuje, gdy zachodząca niezgodność jest jednoznaczna i niewątpliwa. Wyłącznie w przypadku nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ Zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2019 KIO 68/19). W świetle przytoczonej konstatacji, za oczywiste sprzeczne z ustawą Pzp należy zdaniem Odwołującego uznać odrzucenie jego oferty, które nie tylko nie zostało oparte na podstawie niebudzącej wątpliwości ale i wbrew treści orzeczenia KIO, które potwierdza zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego, zwłaszcza w świetle ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest wątpliwości, że oferta Odwołującego zgodna jest z treścią SIWZ także w zakresie składu masy inicjującej. Z tego względu, czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwa.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania przyjmując, że Zamawiający został wprowadzony w błąd poprzez przedstawienie w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2019 r. stanowiska, że informacja zawarta w karcie katalogowej dotycząca składu zawierającego metale ciężkie (ołowiu, antymonu, baru cynku) dotyczyła nie masy inicjującej, a pozostałych elementów splotki. W tym miejscu Odwołujący przypomniał stanowisko Zamawiającego, który przyjął, że skoro w treści karty katalogowej podano informację o zawartości metali ciężkich w tym m.in. cynku o masie nieprzekraczającej 0,1% ogólnej wagi, a elementy splotki (kowadełko i miseczka) zgodnie z dokumentem złożonym przez Odwołującego podczas rozprawy przed KIO wykonane są z mosiądzu (a więc mieszaniny cynku i miedzi) to nie jest możliwym, by tak jak twierdzi Odwołujący, informacja ta odnosiła się do kowadełka i miseczki, gdyż ilość cynku w mosiądzu wynosi od 10-45% i według Zamawiającego, ta informacja odnosi się do składu masy inicjującej.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wskazaną podstawą wykluczenia jest art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który implikuje wykluczenie wykonawcy, jeśli wprowadzi on Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje. W niniejszym wypadku, wspomnianą istotną dla postępowania decyzją, jest decyzja o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej albo o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie składu masy inicjującej. Skoro więc czynnikiem decydującym o wyborze albo odrzuceniu oferty Odwołującego jest okoliczność, czy w skład masy inicjującej wchodzi „zabronione” metale ciężkie, to fakt, że w masie inicjującej zaofertowanej amunicji brak jest metali ciężkich, przesądza o tym, iż Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd składając swoje wyjaśnienia. Innymi słowy, o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd można by mówić tylko wtedy, gdyby w rzeczywistości treść oferty Odwołującego w zakresie składu masy inicjującej byłaby niezgodna z SIWZ, a jak już wskazano uzasadniając zarzut nr 1, z taką sytuacją nie mamy w tym postępowaniu do czynienia. Skoro więc zgodnie z treścią wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2019 r. masa inicjująca nie zawiera niedozwolonych metali i okoliczność ta została udokumentowana, a ponadto stwierdzona Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób mówić o przedstawieniu jakiegokolwiek błędnej informacji, która miałaby wpływ na decyzję Zamawiającego. Słusznie więc, pierwotnie, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami z dnia 25 kwietnia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, otrzymując prawdziwą informację, co do zawartości masy inicjującej. Potwierdzenie zgodności składu masy inicjującej z wymaganiami SIWZ jednoznacznie przekreśla możliwość, by spoma treści karty

katalogowej referowała do składu tej masy.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z treścią informacji o wykluczeniu, dopiero w toku rozprawy przed KIO Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dokument producenta zaofertowanej amunicji, firmy FIOCCHI z dnia 31 maja 2018 r. zgodnie którym, kowadełko i miseczka wykonane są z mosiądzu. Zamawiający dalej, w treści informacji o wykluczeniu, wyprowadził wywód, jakoby informacja zawarta w karcie katalogowej (dotycząca zawartości metali ciężkich) dotyczyła w rzeczywistości masy inicjującej, a nie pozostałej części splotki, bowiem niemożliwym jest, aby mosiężne elementy zawierały jedynie 0,1% masy cynku i tę właśnie okoliczność zidentyfikował jako wprowadzenie go w błąd przez Odwołującego,

skutkującej decyzją o wykluczeniu z postępowania. Tymczasem, co Zamawiający pomija, informacja o tym, że kowadełko i miseczka sponki zaoferowanej amunicji wykonane są z mosiądzu, zawarta została przez Odwołującego już w treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2019 r., a więc przed pierwotnym wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie ukrywał, czy też nie zatajał przed rozstrzygnięciem postępowania, z jakiego materiału wytworzone są elementy sponki i dokładnie na podstawie informacji zawartych w treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2019 r. Zamawiający mógł wywieść tę samą okoliczność, którą wywiódł w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie ukrywał przed Zamawiającym składu elementów sponki, a sama treść informacji zawartej w karcie katalogowej jest informacją poglądową producenta. W zaistniałym stanie faktycznym nie można zarzucić Odwołującemu zarówno lekkomyślności jak i niedbalstwa przy formułowaniu swoich wyjaśnień - wręcz przeciwnie Odwołujący, zgodnie z zasadami należytej staranności przedstawił Zamawiającemu pełną informację o treści swojej oferty, w tym o materiałach, z których stworzona jest sponka.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, iż w żaden sposób nie wprowadził Zamawiającego w błąd składając wyjaśnienia w dniu 25 kwietnia 2019 r. Po pierwsze bowiem, okoliczność, iż masa inicjująca nie zawiera niedozwolonych metali ciężkich jest informacją prawdziwą, co czyni ofertę Odwołującego zgodną z treścią SIWZ, a tylko doprowadzenie Zamawiającego do nieprawidłowej decyzji w zakresie rozstrzygnięcia postępowania, mogłoby być uznane za wprowadzenie go w błąd. Oczywistym jest też, że skoro masa inicjująca amunicji nie zawiera metali ciężkich, to informacja wskazana w treści karty katalogowej nie mogła odnosić się do składu tej masy i pozostaje bez wpływu na ocenę zgodności treści oferty z SIWZ. Po drugie, Odwołujący nie zatajał w treści swoich wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2019 r. przed Zamawiającym, z jakiego materiału wykonane jest kowadełko i miseczka sponki, dlatego nie można mówić w tym wypadku o jakimkolwiek, nawet lekkomyślnym zachowaniu Odwołującego, które mogłoby Zamawiającego wprowadzić w błąd. Po trzecie także, informacja zawarta w karcie katalogowej zaoferowanej amunicji, tak jak to wskazał Odwołujący w treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2019 r. dotyczyła nie zawartości masy inicjującej, a pozostałych, wykonanych z mosiądzu elementów sponki.

Odnośząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Odwołujący wskazał, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2019 r. (sygn. akt 903/19). Izba rozstrzygnęła, że skład masy inicjującej zawartej w zaoferowanej przez Odwołującego amunicji nie zawiera niedozwolonych przez SIWZ metali ciężkich. Tym samym, Izba potwierdziła okoliczność, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z SIWZ oraz, że treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 25 kwietnia 2019 r. była prawdziwa i nie wprowadzała Zamawiającego w błąd (skoro w skład masy nie wchodzi metale ciężkie, informacja o składzie zawartą w karcie katalogowej nie może być błędna). Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba oddaliła więc odwołanie, co oznaczało, że Zamawiający powinien utrzymać swą decyzję o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (która na moment wydania wyroku nie została jeszcze przez Odwołującego unieważniona) i zdecydowanie wbrew wydanemu orzeczeniu KIO było odrzucenie oferty Odwołującego, a także wykluczenie Odwołującego z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w opisywany sposób. Takie postępowanie Zamawiającego należy uznać za niezgodne z treścią Pzp, w tym jej naczelnymi zasadami, w tym zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, iż jak wynika z orzecznictwa KIO, dokonanie czynności przez Zamawiającego pozostającej w sprzeczności z orzeczeniem Izby może zawsze stanowić zarzut na gruncie kolejnego odwołania: „W przypadku, gdy dana czynność została dokonana odmienne (tj. niezgodnie z wyrokiem), podlega ona zaskarżeniu odwołaniem bez żadnych ograniczeń” (por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 160/11). Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie, zamawiający nie może pod pozorem konieczności podjęcia innej, sprzecznej z treścią wyroku czynności, nie wykonywać innej czynności, której powinność podjęcia wynika z wyroku KIO - skoro bowiem system ochrony prawnej przewiduje dwuinstancyjność postępowania, to Zamawiający niezadowolony czy kwestionujący prawidłowość orzeczenia KIO, może wnieść na nie skargę do Sądu Okręgowego: W ocenie Izby „unieważnienie postępowania nie może być sposobem na uchylanie się Zamawiającego od wykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania, nie może "zasłaniać się" niemożnością wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a zaakceptowanie przez Izbę takiego stanowiska Zamawiającego byłoby niczym innym jak wyrażeniem zgody na omijanie przepisów ustawy Pzp.” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 r. KIO 462/12).

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że poza oczywistą sprzecznością wyroku Izby z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ, również i czynność wykluczenia Odwołującego na podanej przez Zamawiającego podstawie, stanowi taką sprzeczność. Naprowadził, że Zamawiający zasłania się koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy podstawa faktyczna wykluczenia zasadza się na stwierdzeniu, że przedstawiona przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2019 r. informacja, że treść karty katalogowej złożonej wraz z ofertą nie odnosi się masy inicjującej, a więc de facto zakłada, że treść oferty w zakresie składu masy była sprzeczna z SIWZ, w sytuacji, gdy, co jednoznacznie

zostało to potwierdzone w orzeczeniu Izby - masa inicjująca nie zawiera metali ciężkich.

Dalej Odwołujący wskazał, że niewykonanie przez Zamawiającego wyroku KIO stanowi również naruszenie ponad ustawowych norm prawnych, zarówno krajowych jak i unijnych. Zgodnie z orzecznictwem TSUE „Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem przepisów owej ustawy” (por. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13

grudnia 2012 r. w sprawie Forposta (C-465/11). Wobec tego, niespektowanie przez

Zamawiającego orzeczeń organu kwalifikowanego przez prawodawcę unijnego jako Sąd, stanowi bez wątpienia naruszenie konstytucyjnej zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którym Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, a którą to normę, na podstawie art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, Zamawiający powinien stosować bezpośrednio. Podsumowując, wszelkie, dokonane przez Odwołującego czynności podjęte po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą Wyroku z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. KIO 903/19 były sprzeczne z tym judykatem i doprowadziły w istocie do jego niewykonania.

Uzasadniając poniesiony w odwołaniu zarzut nr 4, Odwołujący wskazał, że jak wynika z powyższego, zarówno odrzucenie oferty Odwołującego, jak i wykluczenie go z postępowania nie opierało się na usprawiedliwionych podstawach. Jednocześnie, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a Zamawiający nie zidentyfikował żadnych innych podstaw wykluczenia czy odrzucenia. Prowadzić to powinno do wniosku, że Zamawiający powinien utrzymać w mocy pierwotną decyzję wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielić mu zamówienia, zamiast unieważniać tę, podjętą pierwotnie i prawidłowo czynność, a następnie eliminować Odwołującego z postępowania.

Odnośząc się zaś do zarzutu nr 5 Odwołujący podniósł, iż wobec wyeliminowania Odwołującego z postępowania (odrzucenia jego oferty i wykluczenia go), ważną pozostała tylko jedna oferta, a więc oferta Wykonawcy UMO sp. z o.o. Biorąc jednak pod uwagę, że oferta Wykonawcy UMO sp. z o.o. opiewała na znacznie wyższą cenę niż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zdecydował się unieważnić postępowanie, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższa czynność w ocenie Odwołującego jest o tyle wadliwa, że została podjęta przy błędnym założeniu, iż jedyną ważną ofertą w postępowaniu jest oferta Wykonawcy UMO, gdy tymczasem, również oferta Odwołującego jest ofertą ważną, wobec wadliwości wyeliminowania Odwołującego z postępowania. Dodatkowo, cena oferty Odwołującego mieści się w zaplanowanym przez Zamawiającego budżecie. Wszystkie te okoliczności wskazują, iż zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu oraz, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 10 lipca 2019 r. złożył ponadto pismo procesowe uzupełniające argumentację przedstawioną w odwołaniu.

Zamawiający odpowiedź na odwołanie złożył ustnie do protokołu, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wniosł także o odroczenie posiedzenia w przedmiotowej sprawie do czasu rozpoznania przez właściwy sąd okręgowy skargi na wyrok Izby z dnia 3 czerwca 2019 r. o sygn. akt KIO 903/19. Na pytanie Izby wyjaśnił, iż nie jest mu znany termin rozpoznania skargi. Izba oddaliła powyższy wniosek, uznając go za niezasadny. Zgodnie z § 27 ust. 1 zdanie pierwsze Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) skład orzekający może odroczyć rozprawę w celu przeprowadzenia dowodów, których nie można było przeprowadzić w wyznaczonym terminie albo z innych ważnych przyczyn. Odroczenie rozprawy jest fakultatywne, nie stanowi zatem obowiązku Izby i może mieć miejsce tylko w dwóch wskazanych w ww. przepisie przypadkach. W omawianej sprawie sygnalizowana przez Zamawiającego potrzeba odroczenia posiedzenia nie wynikała z konieczności przeprowadzenia dowodów. W ocenie Izby nie zaszła także inna ważna przyczyna, o której mowa w tym przepisie. Nie sposób bowiem za taką uznać sytuacji, w której Zamawiający decydując się na zaskarżenie wyroku Izby, z którym się nie zgodził, równocześnie podjął czynności zmierzające do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto na ocenę prawidłowości podjętych przez Zamawiającego nowych czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, wykluczenia go z postępowania i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, rozstrzygnięcie przez sąd okręgowy skargi na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 903/19 nie ma bezpośredniego wpływu (bynajmniej Zamawiający takiego wpływu nie wykazał), a Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, w sposób wszechstronny rozważając zgromadzony materiał dowodowy.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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 ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji czynność unieważnienia postępowania. Przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert przez Zamawiającego mogłoby prowadzić do wyboru oferty Odwołującego, a to oznacza, że Odwołujący miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący niewątpliwie może także ponieść szkodę związaną z niezyskaniem zamówienia w przypadku niesłusznego odrzucenia jego oferty i wykluczenia go z postępowania. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego (w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia, wyjaśnienia jej treści oraz wprowadzone modyfikacje, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego wraz z załącznikami, pismo Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2019 r. zawierające wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 25 kwietnia 2019 r., informację z dnia 6 maja 2019 r. o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, informację z dnia 12 czerwca 2019 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty, informację z dnia 18 czerwca 2019 r. (doręczoną Odwołującemu 19 czerwca 2019 r.) o odrzuceniu jego oferty oraz wykluczeniu go z postępowania, informację z dnia 19 czerwca 2019 r. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) a także dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 903/19, tj. odwołanie z dnia 17 maja 2019 r., protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 3 czerwca 2019 r. oraz wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2019 r. Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron przedstawione w złożonych pismach (pisma Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 10 lipca 2019 roku, jak również wnioskiwane przez Odwołującego dowody w postaci:

1. świadectwa dopuszczenia wystawionego przez włoskie Ministerstwo Obrony dla masy inicjującej LM/9D1 z dnia 14 listopada 2011 r. wraz z tłumaczeniem;
2. oświadczenia producenta amunicji Fiocchi Munizioni S.p.A. z dnia 31 maja 2018 r., potwierdzającego, że masa inicjująca nie zawiera metali ciężkich, wraz z tłumaczeniem;
3. oświadczenia producenta amunicji Fiocchi Munizioni S.p.A. z dnia 31 maja 2018 r., potwierdzającego autoryzację odwołującego do ofertowania jego produktów i przygotowywania tłumaczeń dokumentów producenta, wraz z tłumaczeniem;
4. oświadczenia producenta amunicji Fiocchi Munizioni S.p.A. z dnia 31 maja 2018 r., wskazującego na znaczenie użytego w karcie katalogowej słowa „MIX”, wraz z tłumaczeniem;
5. karty katalogowej dla amunicji 9mm Parabellum FMC 8G SOF wraz z tłumaczeniem przysięgłym;
6. specyfikacji technicznej dla amunicji w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Straży Granicznej (nr 59/BF/BTiZ/16), ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w tym postępowaniu na rzecz firmy CENREX Sp. z o.o., certyfikatu akredytacji w zakresie obronności i bezpieczeństwa wystawionego dla Laboratorium Instytutu Zespół Laboratoriów Badawczych Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia w Zielonce oraz wydruku potwierdzającego wydanie przez Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce certyfikatu Z/27/9/2017 MON w zakresie amunicji kal. 9 x 19mm Para ZP FMC 8G SOF na okres 27.04.2017 - 26.04.2020 na rzecz firmy CENREX Sp. z o.o.;
7. oświadczenia producenta amunicji Fiocchi Munizioni S.p.A. z dnia 9 lipca 2019 r. wraz z tłumaczeniem;

8. dwóch kart katalogowych wskazujących stopy i składy standardowo stosowane w amunicji w zakresie, w jakim dokumenty te zostały przetłumaczone na język polski (w pozostałym, nieprzetłumaczonym zakresie, dokumenty te są niezgodne z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. t.j. z dnia 7 maja 2018 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 1092, wedle którego wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt IV.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa amunicji w ramach 3

zadań, przy czym w zakresie zadania 1 zaskarżonego odwołaniem przedmiot zamówienia obejmuje dostawę amunicji kal. 9x19 mm Parabellum z pociskiem typu TFMJ, wykonanych zgodnie ze „Specyfikacją Techniczną. Amunicja do broni strzeleckiej. 9x19 mm nabój Parabellum” (załącznik nr 1a do SIWZ) - w ilości 11.379.000 szt.

W pkt VI 1.2.1 SIWZ zawarto wymaganie, iż w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wykonawca wraz z ofertą winien złożyć kartę katalogową zawierającą podstawowe dane techniczne (wymóg dotyczy wszystkich zadań).

Załącznik nr 1a do SIWZ stanowił „Specyfikacją Techniczną. Amunicja do broni strzeleckiej. 9x19 mm nabój Parabellum”, identyfikującą wyrób poprzez określenie wymagań, jakie powinien spełniać. W punkcie 5.4 „Wymagania dotyczące bezpieczeństwa użytkowania” wskazano, iż nabój powinien być bezpieczny w użyciu i nie powinien podczas strzelania powodować uszkodzeń broni sprawnej technicznie. Postanowienie to, zgodnie z Kartą zmian nr 1, zostało uzupełnione o zdanie: „Masa inicjująca zastosowana w sponce nie może zawierać metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków. Dopuszczalne jest występowanie czystego ołowiu w ilości nieprzekraczającej 0,1% masy inicjującej, będące skutkiem zanieczyszczenia masy sponkowej w toku procesu produkcyjnego”.

Odwolujący zaofertował realizację Zadania nr 1 za cenę 9 363 437,73 zł brutto. Do oferty załączył kartę katalogową amunicji producenta Fiocchi Munizioni S.p.A. 9mm parabellum FMC 8G SOF nr produktu 70944900 wraz z tłumaczeniem na język polski. W pozycji Konfiguracja produktu - sponka - skład podano: „Nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczającej 0,10% ogólnej wagi.”

W dniu 24 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, wskazując na brzmienie wymogu określonego w SIWZ w zakresie zawartości metali ciężkich w masie inicjującej oraz skład sponki wskazany w karcie katalogowej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący, w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r., wyjaśnił, że masa inicjująca zastosowana w sponce oferowanej amunicji nie zawiera metali ciężkich. Powołując się na informacje uzyskane od producenta oraz Certyfikat jakości nr 02/2011 z 14 listopada 2011r. wydany przez Ministerstwo Obrony Włoch na potwierdzenie zgodności z normą STANG 4170 podał w formie tabeli skład masy inicjującej, wskazując, że żaden ze składników masy inicjującej nie zawiera metali ciężkich wskazanych przez Zamawiającego ani ich związków jako składników. Wyjaśnił, że podana w karcie katalogowej informacja odnosi się do całej sponki, która oprócz masy inicjującej zawiera kowadełko, miseczkę, dysk papierowy, uszczelniacz (przedstawił rysunek obrazujący sponkę). Dalej wskazał, iż elementy wykonane z mosiądzu jak kowadełko i miseczka mogą zawierać śladowe ilości ołowiu metalicznego (w zależności od pochodzenia mosiądzu karty katalogowe czołowych producentów stopów podają jego zawartość pomiędzy 0,05% a 0,07%). Jest to akceptowalna domieszka w stopie zgodnie z normami międzynarodowymi dla stopów mosiężnych. Ponieważ masa inicjująca ma bezpośredni kontakt z mosiądzem w wyniku procesów produkcyjnych może nastąpić nieznaczne jej zanieczyszczenia ołowiem metalicznym, ale nie przekraczające 0,1% masy inicjującej co jest dopuszczone przez Zamawiającego. Pozostałe metale mogą występować w stopach lub substancjach użytych w sponce jako śladowe ilości, które nie są nawet wykazywane w składzie czy normach. Zwrócił uwagę, że w produkcji przemysłowej nie da się uzyskać nigdy 100% czystego metalu, stopu czy innej substancji i każdy metal stop czy substancja będzie zawierać pewne mikroskopijne domieszki, nie są to natomiast ilości identyfikowalne w standardowych badaniach fizykochemicznych. Ich stężenia zawierają się w ilościach tak mikroskopijnych, że wykrycie ich jest trudne nawet przy wykorzystaniu energodispersyjnej mikroanalizy rentgenowskiej. Wyjaśnił także, że zaofertowana amunicja była przedmiotem dostaw na terenie RP w 2017r. przez innego wykonawcę, przeszła badania w WITU uzyskała certyfikat ZI/27/9/2017 MON i przeszła procedurę OiB. Dostawa odbywała się do innej formacji, jednak

był tam postawiony wymóg braku metali ciężkich w masie sponki. Ta sama amunicja była również zaofiarowana w postępowaniu 357/Cut.18/EJ/FBW, w którym oferta wykonawcy Mildat nie została odrzucona.

W dniu 6 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w zadaniu nr 1 jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Na tę czynność odwołanie wniósł wykonawca UMO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zarzucając Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego mimo, iż jej treść była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymogu, aby masa inicjująca zastosowana w sponce nie zawierała metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków.

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 903/19 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu Izba wskazała m.in. iż:

„Twierdzenia Odwołującego o niedozwolonym składzie masy inicjującej w produkcie oferowanym przez Mildat, zawierającym metale ciężkie oparte zostały na informacji zamieszczonej w karcie katalogowej producenta Fiocchi Munizioni S.p.A i tezie, że użyte tam słowo „mix” oznacza mieszkurę inicjującą - masę inicjującą. Odwołujący w sposób błędny, zdaniem Izby, odwołując się jedynie do rysunku sponki utożsamia słowo „mixture” oznaczające masę inicjującą ze słowem „mix” użytym w karcie katalogowej rozumianym jako skład. Rozumieniu takiemu sprzeciwiają się dowody złożone w toku rozprawy przez Mildat sp.

z o.o. - z uwierzytelnionego tłumaczenia z języka angielskiego karty katalogowej produktu Fiocchi Munizioni S.p.A Parabellum 9mm FMC 8G SOF, złożonej przez wykonawcę Mildat sp. o.o. w toku postępowania odwoławczego, wynika, że słowo „mix” należy rozumieć jako skład całej sponki a nie samej masy inicjującej. Oznacza to, że podany w karcie katalogowej produktu skład o treści „nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczających 0,10% ogólnej wagi sponki” należy odnosić do sponki a nie do masy inicjującej. Okoliczność tę potwierdzają także oświadczenia samego producenta Fiocchi przedstawione przez Mildat sp. z o.o., w których wskazano, że słowo mix w części dotyczącej sponki odnosi się do mieszanego składu, który zawiera kowadelko (wykonane z mosiądzu), miseczkę (wykonaną z mosiądzu) i mieszaninę wybuchowej (mieszanina chemicznych nie zawierająca metali ciężkich) oraz, że określenie to odnosi się nie tyle do mieszaniny wybuchowej ale do sponki jako do całego produktu. Producent oświadczył także, że mieszanina wybuchowa używana w nietoksycznych sponkach ZetaPi, która ma wewnętrzne oznaczenie LM/9D1 lub 9D1 2.0 nie zawiera metali ciężkich jak ołów, antymon, bar, cynk oraz innych w swoim składzie. Dodatkowo skład masy inicjującej LM/9D1 został potwierdzony w świadectwie dopuszczenia nr 2/2011, wystawionym zgodnie z normą STANAG 4170, gdzie w składzie chemicznym nie ujawniono żadnych metali ciężkich. Izba uznała, że dowody złożone przez przystępującego Mildat są wiarygodne, zaś twierdzenia Odwołującego i Zamawiającego nie zostały poparte żadnym dowodem i są one wywodzone jedynie z treści karty katalogowej, tłumaczonej na język polski przez samego wykonawcę. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał prawdziwości swoich twierdzeń.”

W dniu 12 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oraz zamiarze dokonania ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający nie wskazał w piśmie przyczyn unieważnienia tej czynności. Następnie pismem z dnia 18 czerwca 2019 r. (doreczonym Odwołującemu 19 czerwca 2019 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania w zakresie Zadania nr 1, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj.: ponieważ z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa zostały przedstawione Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Ponadto poinformował, że złożona oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu wskazał, iż wymagał aby „Masa inicjująca zastosowana w sponce nie może zawierać metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków. Dopuszczalne jest występowanie czystego ołowiu w ilości nieprzekraczającej 0,1 % masy inicjującej, będącej skutkiem zanieczyszczenia masy sponkowej w toku procesu produkcyjnego”. Wykonawca do oferty dołączył kartę katalogową producenta oferowanej amunicji, w której zawarto zapis cyt.: „ MIX Non mercuric, non corrosive, non erosie with lead, antymony, bariom, zinc and others heavy metals not exceeding 0,10% of overall primer weight.” Ponadto dołączył do oferty tłumaczenie powyższego zapisu, cyt.: „SKŁAD Nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczającej 0,10% ogólnej wagi.” W złożonych w dniu 25 kwietnia 2019 r. wyjaśnieniach wykonawca stał na stanowisku, że powyższe zapisy dotyczą całej sponki, a nie masy inicjującej. W dniu 3 czerwca 2019 r. na rozprawie w Krajowej Izbie Odwoławczej dotyczącej przedmiotowego postępowania KIO 903/19, Wykonawca przedłożył dokument producenta FIOCCHI z 31 maja 2018 r. Zgodnie z treścią powyższego pisma części sponki takie jak: kowadelko, miseczka są wykonane z mosiądzu.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z powszechną wiedzą mosiądz jest stopem miedzi i cynku i zawiera od 10 do 45% cynku. W związku z czym nie jest możliwe, by dla sponki, w której miseczka oraz kowadełko wykonane są z mosiądzu, zawartość cynku (pomijając inne metale ciężkie), mogła wynosić nie więcej niż 0,1% ogólnej masy sponki. Na podstawie posiadanych przez Zamawiającego danych technicznych kilku sponek typu boxer do amunicji pistoletowej oszacowano, iż przy założeniu jedynie 10%, a więc dolnej granicznej zawartości cynku w materiale miseczki oraz kowadełka, udział cynku w ogólnej masie sponki wynosi nie mniej niż 8,5%, jest więc 85-krotnie wyższy niż podawany przez Wykonawcę w ofercie. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż zapis „SKŁAD Nie rębciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczającej 0.10% ogólnej wagi.” odnosi się do masy inicjującej nie zaś całej sponki. W przeciwnym bowiem przypadku nie byłoby możliwe aby parametr liczbowy określający % udział metali ciężkich w masie sponki jako całości (kowadełko + miseczka + masa inicjująca) wynosił jedynie 0,1% (Zamawiający przypomina, że kowadełko i miseczka sponki zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy wykonane są z mosiądzu).

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż oferowany wyrób nie spełnia wymagań specyfikacji technicznej z uwagi na fakt, że Zamawiający dopuścił występowanie w masie inicjującej jedynie czystego ołowiu, nie dopuścił zaś występowania innych metali ciężkich bądź ich związków. W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego zapis zawarty w karcie katalogowej dołączonej do oferty nie dotyczy całej sponki tylko masy inicjującej, a ponieważ jak wynika z karty skład masy inicjującej zawiera niedozwolony udział metali ciężkich, oferta Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu. Ponadto biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, bądź też wykonawca złożył dokument zawierający nieprawdziwe informacje, niezależnie od umyślnego lub nieumyślnego charakteru naruszenia, a więc niezależnie od tego, czy wykonawca działał celowo czy też na skutek zaniedbania, podlega wykluczeniu z postępowania.

W dniu 19 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniu nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż jedyna ważna oferta złożona w postępowaniu przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu w zasadniczej części.

Na wstępie należy wskazać, iż rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba poddała analizie prawidłowość czynności Zamawiającego z dnia 18 i 19 czerwca 2019 r. (data

powiadomienia Odwołującego - 19 czerwca 2019 r.), tj. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zauważyć trzeba, iż to przez pryzmat uzasadnienia ww. czynności przez Zamawiającego, tj. przywołanych w pismach z dnia 18 i 19 czerwca 2019 r. okoliczności faktycznych oraz przedstawionej tam argumentacji, Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, jako że ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest zatem uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, które legło u podstaw decyzji zamawiającego, to na podstawie bowiem informacji zawartych w tym właśnie uzasadnieniu wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia czy wykluczenia w szerszym, niewskazanym w tym uzasadnieniu, aspekcie, w szczególności nie może polegać na argumentacji uzupełniającej podnoszonej w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego przedstawionego w piśmie z dnia 18 czerwca 2019 r. podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie przez Zamawiającego, że: „zapis zawarty w karcie katalogowej załączonej do oferty nie dotyczy całej sponki tylko masy inicjującej, a ponieważ jak wynika z karty skład masy inicjującej zawiera niedozwolony udział metali ciężkich, oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ”

Twierdzenie o tym, że treść karty katalogowej dotycząca zawartości metali ciężkich odnosiła się do masy inicjującej, a nie sponki zostało przez Zamawiającego oparte wyłącznie o przypuszczenie, że skoro pozostałe elementy sponki wykonane są z mosiądzu to zawartość

cynku, będącego składnikiem mosiądzu, nie mogła wynosić nie więcej niż 0,1% ogólnej masy sponki skoro zawartość cynku w mosiądzu to od 10 do 45%.

Tak przedstawiony wywód Izba uznała za nieprzekonujący, a wniosek Zamawiającego za zbyt daleko idący. W ocenie składu orzekającego powyższa okoliczność nie przesądza o tym, że informacje wynikające z karty katalogowej o występujących w składzie metalach ciężkich należy odnosić do masy inicjującej, a nie do całej sponki. Izba za wiarygodne uznała twierdzenia Odwołującego, że omawiana informacja w karcie katalogowej odnosiła się nie do procentowej zawartości miedzi i cynku w stopie (w mosiądzu), z którego wykonano elementy sponki, lecz do tzw. wolnego cynku, który może się wydzielić w momencie wystrzału pod wpływem oddziaływania wysokiej temperatury, kiedy to dochodzi do powstania tzw. zgaru („pocenia się mosiądzu cynkiem”). Izba uznała, że informacje przedstawiane w karcie katalogowej odnosiły się do potencjalnych zanieczyszczeń metalami ciężkimi w sponce, a nie do składu stopu, z którego wykonano elementy sponki (mieczechkę i kowadełko). Zamawiający nie wykazał, aby praktyka rynkowa w tym zakresie była inna. Zresztą karta katalogowa, jak wskazał sam Zamawiający w SIWZ, miała potwierdzać tylko bliżej niedookreślone „podstawowe dane techniczne.” Dlatego Izba nie uznała za wiarygodne twierdzeń Zamawiającego, że gdyby dane o zawartości metali ciężkich miały odnosić się do sponki, a nie do masy inicjującej, to wskazana w karcie katalogowej zawartość cynku powinna być wyższa.

Dalej należy wskazać, że wywód Zamawiającego przedstawiony w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu go z postępowania, pozostawał w sprzeczności z dokumentacją, którą Zamawiający dysponował w chwili podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a która potwierdzała nie tylko, że skład wskazany w karcie katalogowej odnosił się do sponki, a nie masy inicjującej, ale także okoliczność, że sama masa inicjująca nie zawiera metali ciężkich. Już w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2019 r. Odwołujący przedstawił szczegółowe dane co do składu masy inicjującej, które następnie w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 903/19 potwierdził poprzez złożenie świadectwa dopuszczenia nr 02/2011 zgodnie z normą STANAG 4170 wystawionego przez

włoskie Ministerstwo Obrony na masę inicjującą LM/9D1. Zamawiający posiadał także szereg

dokumentów, w tym oświadczenia producenta - firmy Fiocchi Munizioni S.p.A., wskazujące, że masa inicjująca nie zawiera metali ciężkich, jak również, że informację z karty katalogowej

należy odnosić do sponki, a nie do masy inicjującej. Powyższe znalazło także potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 903/19, w którym poddano

przedmiotową kwestię analizie.

Nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do kwestionowania stanowiska Izby i wniesienia na ww. orzeczenie skargi, niemniej podkreślić należy, że decydując się na unieważnienie czynności wyboru oferty i odrzucenie oferty Odwołującego (oraz wykluczenie go z postępowania) przed wydaniem rozstrzygnięcia przez Sąd, Zamawiający winien w treści decyzji o odrzuceniu oferty (wykluczeniu Odwołującego z postępowania) przedstawić argumentację szczegółowo uzasadniającą takie działanie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zdyskredytował okoliczności wynikające z posiadanej przez niego w chwili dokonywania zaskarżonych czynności dokumentacji, nie wyjaśniając w żaden sposób przyczyn, dla których odmówił im wiarygodności i opierając się wyłącznie na własnym przypuszczeniu, że z uwagi na występowanie cynku w mosiądzu, z którego wykonane są elementy sponki, to informację o zawartości metali ciężkich (w tym cynku) należy odnosić tylko do masy inicjującej. Działanie Zamawiającego budzi tym większe wątpliwości, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż informacja o tym, że mieczka i kowadełko sponki wykonane są z mosiądzu została przez Odwołującego przedstawiona już w treści wyjaśnień złożonych dnia 25 kwietnia 2019 r., a nie dopiero w piśmie producenta złożonym na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 903/19 w dniu 3 czerwca 2019 r., a zatem Zamawiający posiadał tę wiedzę już w chwili dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, tj. w dniu 6 maja 2019 r.

Podnoszone przez Zamawiającego na rozprawie okoliczności wynikające z treści złożonego przez Odwołującego oświadczenia producenta z dnia 9 lipca 2019 r., które w jego ocenie potwierdzają słuszność stanowiska Zamawiającego, że skład przedstawiony w karcie katalogowej należy odnosić do masy inicjującej, a nie do sponki, co do zasady nie mogą wpływać na rozstrzygnięcie Izby. Izba bierze bowiem pod uwagę i ocenia czynność zamawiającego na datę jej podjęcia, biorąc pod uwagę taki zgromadzony materiał jakim dysponował, czyli to czym dysponował zamawiający (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 października 2017 r., sygn. akt KIO 1938/17). Jak wskazano w wyroku z dnia 24 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2584/18, przedmiotem oceny w ramach środków ochrony prawnej (a więc podniesionych w odwołaniu zarzutów) jest czynność podmiotu zamawiającego. Wobec powyższego wszelkie działania stron i uczestników postępowania odwoławczego przedsięwzięte przed Izbą i mające jedynie charakter procesowy (poza cofnięciem odwołania lub uwzględnieniem zarzutów), co do zasady nie wpływają na stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Wynika to z faktu, że przedmiotem oceny w toku postępowania odwoławczego są czynności zamawiającego podjęte na moment wniesienia odwołania, gdyż to one stanowią

przedmiot zarzutów podniesionych w drodze środka ochrony prawnej. Ocenie Izby podlegała zatem prawidłowość czynności Zamawiającego na moment ich dokonania, weryfikowana na podstawie informacji zawartych w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu go z postępowania oraz dokumentów, jakimi wówczas Zamawiający dysponował. Słusznie także wskazywał Odwołujący, że Zamawiający zinterpretował treść dokumentu złożonego na rozprawie w sposób wyrywkowy, nie bazując na jego pełnym brzmieniu, podczas gdy w piśmie tym zadeklarowano, że w procesach produkcyjnych masy inicjującej metale ciężkie nie są używane w ogóle, a także szczegółowo wyjaśniono przyczyny, z powodu których mogą występować ich śladowe ilości, nie wpływające na bezpieczeństwo użytkowania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że przyczyny, na których Zamawiający oparł swój wniosek, że skład wskazany w karcie katalogowej tyczy się nie sponki, lecz masy inicjującej, a w konsekwencji wniosek o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, nie potwierdziły się.

Dalej należy wskazać, że również wnioski Zamawiającego o niedozwolonej zawartości metali ciężkich w masie inicjującej nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym. Abstrahując od kwestii, że Zamawiający nie uzasadnił w sposób wiarygodny przyczyn, dla których zinterpretował treść karty katalogowej odmiennie niż wskazywała na to posiadana przez niego dokumentacja, to także wnioski o zawartości metali ciężkich w składzie masy inicjującej oparł on wyłącznie na literalnym brzmieniu tej karty katalogowej, z pominięciem pozostałej dokumentacji jaką dysponował odrzucając ofertę Odwołującego. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Odwołującego, że karta katalogowa stanowiła dokument o charakterze ogólnym, uproszczonym, poglądowym. Potwierdza to treść SIWZ, gdzie w punkcie VII.2.1 SIWZ wskazano, iż karta katalogowa ma zawierać tylko podstawowe dane techniczne, przy czym Zamawiający nie sprecyzował co poprzez te podstawowe dane techniczne rozumie. Zauważyć też trzeba, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał złożenia konkretnych dokumentów przedmiotowych mających potwierdzać zgodność oferty z wymaganiami w zakresie składu masy inicjującej.

Izba za wiarygodne uznała także stanowisko Odwołującego, że informacje dotyczące zawartości metali ciężkich zostały podane przez producenta w karcie katalogowej z ostrożności, wobec faktu, że mosiądz z którego wykonano elementy sponki, na skutek warunków produkcji czy naturalnego składu, może zawierać śladowe ilości innych metali, jak również, że śladowe ilości metali ciężkich mogą wydzielić się w momencie wystrzału czy też zostać „zeskrobane” z mosiądzu podczas wyjmowania masy inicjującej do analizy. Powyższe, w ocenie Izby, nie jest jednak równoznaczne z tym, że masa inicjująca zawiera metale ciężkie i przez to nie spełnia wymogów SIWZ. Zgodnie z wymogiem wskazanym w Karcie zmian nr 1 masa inicjująca nie może zawierać metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków, co zdaniem Izby należy rozumieć w ten sposób, że metale te nie mogą występować w jej składzie produkcyjnym (za wyjątkiem ołowiu w dopuszczonym przez Zamawiającego stężeniu). Szczegółowo skład chemiczny masy inicjującej - nie zawierający metali ciężkich - został zaś wykazany przez Odwołującego wiarygodnymi dokumentami, w tym wspomnianym świadectwem dopuszczenia zgodnie z normą STANAG 4170. Natomiast okoliczność, że w trakcie pobrania materiału do analizy czy też na skutek wystrzału masa inicjująca może zostać zanieczyszczona śladowymi ilościami metali ciężkich znajdującymi się w mosiądzu, z którego wykonane są elementy sponki, nie powinna powodować uznania wymogów SIWZ za niespełnione, ponieważ ewentualnie powstałe w ten sposób zanieczyszczenie jest następne i nie jest związane z procesem produkcji.

Nadto należy zauważyć, że dane wskazane w karcie katalogowej odnoszą się do procentowej zawartości metali ciężkich w stosunku do ogólnej wagi sponki, a nie do wagi masy inicjującej, której dotyczył wymóg SIWZ, co tym bardziej czyni twierdzenia Zamawiającego nieuprawdopodobnionymi. Co istotne, jak wykazało postępowanie odwoławcze, precyzyjne zbadanie mikroskopijnych i niezamierzonych zanieczyszczeń masy inicjującej metalami ciężkimi może w praktyce być znacznie utrudnione czy wręcz niemożliwe. Jak podnosił Odwołujący, aby go dokonać (w tym zbadać wagę masy inicjującej) należy masę inicjującą wyskrobać z miseczki, co już samo w sobie niesie za sobą ryzyko zanieczyszczenia próbki metalami występującymi w mosiądzu. Podobne ryzyko niesie za sobą badanie próbki po wystrzale, gdzie na skutek działania wysokiej temperatury również może dojść do zanieczyszczenia. Sposób zanieczyszczenia, jego wielkość, może być determinowana różnymi okolicznościami, niejednokrotnie niemożliwymi do zweryfikowania, co pośrednio znajduje potwierdzenie także w stanowisku samego Zamawiającego, który na rozprawie stwierdził że „z tego co mówi Odwołujący może wynikać, że wymóg jest nie do spełnienia.” Wszystko powyższe potwierdza wiarygodność stanowiska Odwołującego, że informacje dotyczące potencjalnych zanieczyszczeń są podawane przez producenta w karcie katalogowej z ostrożności i mogą być efektem wielu czynników, a dane te nie są równoznaczne z tym, że masa inicjująca zawiera niedozwolony udział metali ciężkich.

Mając na uwadze powyższe, przypisywanie tak wysokiej wagi treści informacji ogólnych wskazanych w karcie katalogowej, w sytuacji kiedy Zamawiający dysponował szeregiem innych dokumentów wskazujących wprost na skład masy inicjującej FMC 8G SOF w sponkach

ZetaPi (ZP), uznać należy za nieuzasadnione. Zważyć należy, że Zamawiający dysponował nie tylko wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 25 kwietnia 2019 r. (już wówczas przedstawiono szczegółowe dane co do składu masy inicjującej, potwierdzające, że nie zawiera ona metali ciężkich), ale także m.in. świadectwem dopuszczenia masy inicjującej wystawionym przez włoskie Ministerstwo Obrony zgodnie z normą STANAG 4170 dla tej konkretnej masy inicjującej, gdzie w składzie chemicznym nie ujawniono żadnych metali ciężkich. Dysponował także oświadczeniami producenta, który potwierdzał, że masa ta nie zawiera metali ciężkich w swoim składzie, powołując się na ww. świadectwo dopuszczenia, a także na raport

REL/RTS/004/2018 z 20 listopada 2018 r. wydany przez centrum Wsparcia i Eksperymentów Morskich Włoskiej Marynarki Wojennej.

Ponadto Zamawiający posiadał dokumentację postępowania prowadzonego przez Komendę Główną Straży Granicznej nr 59/BF/BTiZ/16, potwierdzającą wybranie w ww. postępowaniu, przy analogicznie postawionym wymaganiu dotyczącym zawartości metali ciężkich w masie inicjującej, oferty firmy CENREX Sp. z o.o., która oferowała tożsamą amunicję do tej oferowanej obecnie przez Odwołującego i która posiada ważny certyfikat zgodności wyrobu wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację OiB. Jak wynika wprost z art. 3 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa Państwa (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 114), certyfikacja to działanie jednostki certyfikującej wykazujące, że wyrób lub proces jego wytworzenia jest zgodny z wymaganiami zawartymi w specyfikacji technicznej, z kolei certyfikat zgodności wyrobu stanowi dokument wydany przez jednostkę certyfikującą potwierdzający, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną. Uzyskanie zatem przez firmę CENREX Sp. z o.o. certyfikatu zgodności amunicji ZP zawierającej masę inicjującą FMC 8G SOF oznacza, że produkt ten był zgodny z wymaganiami specyfikacji technicznej przedstawionymi przez Komendę Główną Straży Granicznej, w tym z wymaganiem odnoszącym się do zawartości metali ciężkich w masie inicjującej, który był zbieżny z wymogiem postawionym przez Zamawiającego. W konsekwencji dowody złożone przez Odwołującego w tym zakresie potwierdzają pośrednio zgodność oferowanego przez niego produktu z wymaganiami SIWZ. Zamawiający nie przedstawił kontrargumentacji, która podważałaby wiarygodność tych dowodów. Takiej argumentacji nie stanowią twierdzenia o tym, że jednostka certyfikująca mogła oprzeć się wyłącznie na deklaracji czy badaniach innego laboratorium, wobec braku w Polsce laboratorium, które mogłoby dokonać badania składu pierwiastkowego masy inicjującej. Powyższe nie przeczy temu, że nawet jeśli pośrednio, to także i w zakresie wymagań co do zawartości metali ciężkich w masie inicjującej, amunicja była badana przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację OiB i uzyskała certyfikat zgodności z wymaganiami specyfikacji technicznej.

Pomimo powyższego Zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności wynikających z posiadanych dokumentów, poprzestając na oparciu się na brzmieniu karty katalogowej, będącej dokumentem o uproszczonym charakterze. Co więcej, ani w treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu go z postępowania), ani na rozprawie Zamawiający nawet nie wyjaśnił przyczyn, dla których nie dał wiary dokumentom, którymi dysponował. Tymczasem w ocenie Izby brak było podstaw do kwestionowania wiarygodności tych dokumentów, a przynajmniej Zamawiający podstaw takich nie wykazał.

Twierdzenia Zamawiającego nie zostały poparte żadnym dowodem i są one wywodzone jedynie z treści karty katalogowej.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, że Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił kwestię zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Informacje i dokumenty, którymi Zamawiający dysponował w momencie podejmowania decyzji nie pozwalały na jednoznaczne stwierdzenie, że masa inicjująca w amunicji zaofiarowanej przez Odwołującego zawiera niedopuszczoną przez Zamawiającego metale ciężkie i nie spełnia wymagań SIWZ. W szczególności okoliczność ta nie została wykazana w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, co - jak już zaakcentowano - miało kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć jednak miejsce tytko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ w tym zakresie co do zasady nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia 9 października 2018 r., sygn. akt KIO 1906/18, wyrok KIO z dnia 20 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18).

Mając na uwadze powyższe, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, uznając wykluczenie Odwołującego z postępowania na tej podstawie za niezasadne.

Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest tylko w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Dalej wskazać trzeba, że w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - konieczne jest zatem stwierdzenie przynajmniej potencjalnego istotnego wpływu na działania zamawiającego. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż na podstawie treści uzasadnienia informacji z dnia 18 czerwca 2019 r. w zasadzie nie sposób stwierdzić, w czym konkretnie Zamawiający upatruje podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wskazanie przez Zamawiającego, że „wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd bądź też wykonawca złożył dokument zawierający nieprawdziwe informacje” potwierdza, że Zamawiający jedynie domniemywa nieprawdziwą treść albo oświadczenia producenta zawartego w karcie katalogowej, albo wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, nie precyzując tej okoliczności. Dopiero na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż uznał, że nieprawdziwe informacje zawierało oświadczenie producenta, o tym, że skład wskazany w karcie katalogowej należy odnosić do splonki, a nie do masy inicjującej. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje własne stanowisko przedstawione w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie wskazano, iż podniesiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności z dnia 18 czerwca 2019 r. argumentacja, w świetle całokształtu dokumentacji jaką ówczesnie dysponował Zamawiający, nie stanowiła dostatecznej podstawy do uznania, że informacje dotyczące zawartości metali ciężkich zawarte w karcie katalogowej odnosiły się do masy inicjującej, a nie do splonki. Skoro zatem brak było podstaw do przesądzenia powyższej okoliczności, to nie sposób wywieść wniosku, że Odwołujący przedstawił w tym zakresie informacje mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Również brak jest podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje w treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2019 r. Zamawiający pomija kwestię, że w treści tych wyjaśnień Odwołujący nie zatajał w żaden sposób faktu, że elementy splonki wykonane z mosiądzu (miseczka i kowadełko) mogą zawierać śladowe ilości ołowiu metalicznego, będące akceptowalną domieszką w stopie zgodnie z międzynarodowymi normami. Nie zatajał także okoliczności, że ewentualna zawartość innych metali mogących występować w stopach lub substancjach użytych w splonce to mikroskopijne domieszki, które nie są identyfikowalne w standardowych badaniach fizykochemicznych, a ich wykrycie jest trudne nawet przy wykorzystaniu energodispersyjnej mikroanalizy rentgenowskiej. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w procesach produkcji masy inicjującej metale ciężkie nie są stosowane, przedstawiając szczegółowy skład tej masy. Stanowisko Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach znalazło następnie potwierdzenie w dokumentach złożonych przez niego w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 903/19.

Ponadto, jak wskazano szczegółowo we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, informacje i dokumenty, którymi Zamawiający dysponował w momencie podejmowania decyzji nie pozwalały na jednoznaczne stwierdzenie, że masa inicjująca znajdująca się w amunicji zaoferowanej przez Odwołującego zawiera niedopuszczone przez Zamawiającego metale ciężkie. Stanowisko to oraz argumentację w nim związaną Izba podtrzymuje w całości, pozostaje ono bowiem w pełni aktualne także na gruncie omawianego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Skoro brak było podstaw do zaaprobowania stanowiska Zamawiającego, że masa inicjująca zawierała niedopuszczone w SIWZ metale ciężkie, to nie sposób mówić o przedstawieniu przez Odwołującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd mogących mieć

istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Zważyć należy, że podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania Zamawiający musi mieć na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wyeliminowania go z postępowania. Oznacza to, że zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez Zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy ustawy Pzp, gdyż ani przedstawione przez niego uzasadnienie podjętej decyzji, ani okoliczności wynikające ze stanu faktycznego będącego podstawą tej decyzji, nie wskazują, że ziszczyły się przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać także za prawidłową czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W sytuacji kiedy za naruszające ustawę Pzp należy uznać odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp to oznacza, że oferta Odwołującego pozostaje ofertą ważną, której cena nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ergo nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu naruszenia art. 192 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp odnoszącego się do niewykonania przez Zamawiającego wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 903/19. Dla oceny tak postawionego zarzutu istotne znaczenie ma treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak wynika wprost z tego przepisu odwołanie wnosi się nie od jakiegokolwiek podjętej lub zaniechanej przez zamawiającego czynności, lecz wyłącznie od czynności niezgodnej z ustawą. Przepis ten wyznacza równocześnie zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, która uprawniona jest do oceny określonych zachowań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. W ustawie Pzp brak jest bezpośrednich przepisów nakładających na zamawiających obowiązek wykonania wyroków Izby, ustawa zawiera jedynie regulacje odnoszące się do stwierdzenia wykonalności tych wyroków (art. 197 ustawy Pzp), a także regulacje wskazujące na konieczność odrzucenia odwołania na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). A contrario z brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy wywieść, że dokonanie przez zamawiającego czynności sprzecznych z orzeczeniem Izby może stanowić podstawę do wniesienia środków ochrony prawnej, natomiast zarzuty w takim wypadku winny być oparte na konkretnych naruszeniach ustawy Pzp, jakie wyniknęły w efekcie niewykonania wyroku Izby. Wskazywany w odwołaniu przepis art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą skutecznego zarzutu być nie może, gdyż odnosi się do form wydawania rozstrzygnięć przez Izbę, a nie do obowiązków nałożonych ustawą na Zamawiającego, wobec czego Zamawiający przepis tego naruszyć nie mógł. Z kolei naruszenie zasad wskazanych w przywoływanym w odwołaniu art. 7 ustawy Pzp zachowaniem Zamawiającego nie zostało przez Odwołującego uargumentowane (w uzasadnieniu Odwołujący nie odnosi swojego stanowiska do zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp). Ponadto nie sposób pominąć okoliczności, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 903/19 nie nakazała Zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności, trudno zatem stwierdzić, by Zamawiający mógł nie wykonać wyroku Izby.

Izba oddaliła także odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który Odwołujący odnosił do zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zważyć należy, że Zamawiający - także po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej - zobowiązany jest procedować w sposób zgodny z ustawą Pzp. Jeśli zatem stwierdzi on uchybienia w czynnościach prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej, to do momentu zawarcia umowy jest uprawniony co do zasady z własnej inicjatywy czynności te unieważnić i powtórzyć badanie i ocenę ofert. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości swojego działania i zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ czy też następnie uznał, że mogło dojść do przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, to nie sposób odmówić mu prawa do samodzielnego skorygowania własnych błędów. Można wręcz stwierdzić, że jest to obowiązek Zamawiającego jako gospodarza postępowania. Zbyt daleko idącym jest zatem stwierdzenie, że Zamawiający powinien był podtrzymać wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i czynności tej nie unieważniać. Mieć należy także na uwadze, iż właśnie z powyższych względów Izba co do zasady nie może nakazać zamawiającym w sentencji wyroku dokonania wyboru oferty konkretnego wykonawcy, prowadziłoby to bowiem do nieuprawnionego zastępowania zamawiającego w czynnościach związanych z badaniem i oceną ofert, które każdorazowo jest

on zobowiązany prowadzić w sposób zgodny z przepisami i zasadami Prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie zaś z § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972) w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18). W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, co uzasadniało uzależnienie rozstrzygnięcia o kosztach od tego, w jakim zakresie odniosło ono skutek. W tym kontekście zważyć należy, że częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie określonym w punkcie 1 sentencji wyroku czyniło w pełni zadość żądaniu Odwołującego, którym objęte było unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Finalny wynik postępowania odwoławczego prowadził zatem do sytuacji, w której pomimo oddalenia odwołania w zakresie obejmującym część zarzutów, istotna waga tych zarzutów, które zostały uwzględnione spowodowała, iż zapadłe rozstrzygnięcie jest w pełni zgodne z żądaniem Odwołującego zgłoszonym w odwołaniu. Dodać trzeba, że wszystkie podniesione zarzuty zmierzały do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia i skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji kosztami postępowania obciążono Zamawiającego w całości, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: