

Sygn. akt: KIO 1796/20

WYROK

z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2020 r. przez wykonawcę UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ul. Sienkiewicza 61 (05-220 Zielonka) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 148/150 (02-624 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu przy ul. Grobickiego 23 (26-617 Radom), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce

i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:

Sygn. akt: KIO 1796/20

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Dostawa pistoletów samopowtarzalnych kal. 9x19 mm Parabellum (numer postępowania: 20/Cut/20/DG), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 078-183850.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, przekraczała kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 31 lipca 2020 r. wykonawca UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o. o. (zwanego dalej: „Łucznik”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- nieprawidłowym wezwaniu wykonawcy Łucznik do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w celu umożliwienia temu wykonawcy dokonania zmiany treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu świadczenia oraz uwzględnieniu wyjaśnień złożonych w tym trybie przy ocenie ofert;
- nieprawidłowym skorygowaniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oznaczenia przedmiotu świadczenia w ofercie wykonawcy Łucznik;
- nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy Łucznik w ramach kryterium „K3 - kompatybilność” i przyznaniu tej ofercie 9,00 punktów w ramach tego kryterium, podczas gdy oferta ta winna otrzymać 0,00 punktów;
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Łucznik z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten zawarł w ofercie informację wprowadzającą zamawiającego w błąd co do oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu, która to informacja miała istotny wpływ na bezzasadne przyznanie temu wykonawcy 9,00 punktów w ramach kryterium „K3 - kompatybilność”;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy Łucznik do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego wymaganego postanowieniami SIWZ tj. karty katalogowej pistoletu Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności, naruszył następujące przepisy:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik jako niezgodnej z treścią SIWZ w sytuacji, w której wykonawca Łucznik oznaczył w ofercie przedmiot świadczenia w sposób niezgodny z wymogami SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik jako niezgodnej z treścią SIWZ w sytuacji, w której zaoferowany przedmiot świadczenia nie odpowiada wymogom SIWZ;
- art. 87 ust. 1 Pzp, przez jego błędne zastosowanie i wezwanie wykonawcy Łucznik do udzielenia wyjaśnień w zakresie oznaczenia przedmiotu świadczenia w sytuacji, gdy brak takiego oznaczenia stanowił zasadniczą i nieusuwalną wadę złożonej oferty, co stanowiło bezprawne działanie nakierowane na umożliwienie wykonawcy Łucznik zmiany przedmiotu oferty po upływie terminu do jej złożenia;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego błędne zastosowanie skutkujące bezprawnym i nieprawidłowym ustaleniem przez samego zamawiającego przedmiotu świadczenia wykonawcy Łucznik w sytuacji, gdy brak było przesłanek do uznania oznaczenia przedmiotu świadczenia w ofercie wykonawcy Łucznik za omyłkę;
- art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik w sytuacji, w której jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji;

lub ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów odwołania, których

uwzględnienie mogłoby skutkować nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, i jednocześnie uznania, iż przedmiotem oferty jest pistolet P99 AS (wyrób 362), którego producentem jest Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o., zarzucił zamawiającemu

naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie skorygowania omyłki w treści oferty zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Łucznik z dnia 18 czerwca 2020 r. oraz załączoną do oferty kartą katalogową i zaniechanie wpisania w polu formularza ofertowego w polu przeznaczonym na podanie oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu następującej frazy:

„Producent: Fabryka Broni „Łucznik”- Radom Sp. z o.o., model: P99 AS (wyrób 362)”;

- art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez przyznanie ofercie wykonawcy Łucznik

nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „K3 - kompatybilność” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie 9,00 punktów w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy winna otrzymać 0,00 punktów w ramach przedmiotowego kryterium;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Łucznik z postępowania w sytuacji, gdy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił w ofercie informacje wprowadzającą zamawiającego w błąd co do oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu, która to informacja miała istotny wpływ na bezzasadne przyznanie temu wykonawcy 9,00 punktów w ramach kryterium „K3 - kompatybilność”;

lub ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów odwołania, których uwzględnienie mogłoby skutkować nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, oraz nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a także zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i jednocześnie uznania, iż przedmiotem oferty jest pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH, zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie skorygowania omyłki w treści oferty i zaniechanie

wpisania w polu formularza ofertowego w polu przeznaczonym na podanie oznaczenia

producenta i modelu oferowanego pistoletu następującej frazy: „Producent: Carl Walther GmbH, model: Walther P99 AS”;

- art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Łucznik do uzupełnienia

dokumentu przedmiotowego wymaganego postanowieniami SIWZ tj. karty katalogowej

pistoletu Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Łucznik jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania wykonawcy Łucznik do wyjaśnień w zakresie zaoferowanego przedmiotu świadczenia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, oraz nieuwzględnienia wyjaśnień wykonawcy Łucznik złożonych w tym trybie przy ocenie oferty tego wykonawcy;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności skorygowania oznaczenia przedmiotu świadczenia w ofercie wykonawcy Łucznik w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

lub ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów odwołania, których uwzględnienie mogłoby skutkować nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, i jednocześnie uznania, iż przedmiotem oferty jest pistolet P99 AS [wyrób 362], którego producentem jest Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o.:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Łucznik jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- nakazanie zamawiającemu skorygowania omyłki w treści oferty zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Łucznik z dnia 18 czerwca 2020 r. i wpisanie w polu formularza ofertowego w polu przeznaczonym na podanie oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu następującej frazy: „Producent: Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o., model: P99 AS (wyrób 362)”;
 - nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz przyznania ofercie wykonawcy Łucznik 0,00 punktów w ramach kryterium „K3 - kompatybilność”;
 - nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Łucznik z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 17 Pzp;

lub ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów odwołania, których uwzględnienie mogłoby skutkować nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, oraz nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, i jednocześnie uznania, iż przedmiotem oferty jest pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH, o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Łucznik jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu skorygowania omyłki w treści oferty i wpisanie w polu formularza ofertowego w polu przeznaczonym na podanie oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu następującej frazy: „Producent: Carl Walther GmbH, model: Walther P99 AS”;
- nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Łucznik w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego - karty katalogowej pistoletu Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH.

Odwolujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnił, że jego oferta na dzień wniesienia odwołania została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, tuż za ofertą złożoną przez wykonawcę Łucznik. W jego ocenie na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego było pozbawienie go potencjalnego zysku z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi szkodę.

W uzasadnieniu dla zarzutów podstawowych odwołujący przy argumentacji dla naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp wskazał, że stosownie do treści rozdziału VII ust. 2 pkt. 2.2. SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający spełnienie wymagań określonych w załączniku nr 2 do SIWZ. Zamawiający wymagał jednocześnie, aby oferowany przedmiot świadczenia został opisany zgodnie z treścią określoną w załączniku nr 7 do SIWZ. Należy przez to rozumieć, iż zamawiający wymagał od wykonawców podania wszystkich informacji wymaganych treścią załącznika nr 7 do SIWZ. W tym samym postanowieniu SIWZ zamawiający jednoznacznie przesądził, iż informacje podane w załączniku nr 7 do SIWZ „stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu, a ich brak skutkował będzie odrzuceniem oferty”. Z kolei zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli podać producenta, model/typ, numer katalogowy oferowanego pistoletu. Z ww. postanowień SIWZ jasno i wprost dla odwołującego wynikało, iż brak któregokolwiek z obligatoryjnych elementów oznaczenia przedmiotu świadczenia, w tym także oznaczenia nazwy producenta oferowanego pistoletu, będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

W polu dedykowanym do podania ww. informacji, wykonawca Łucznik wpisał następującą frazę:

Zaoferowany przedmiot zamówienia: Walther P99 AS

(należy wpisać producenta, model/typ, numer katalogowy)

Odwolujący zauważył, że pistolet samopowtarzalny kal. 9x19 mm Parabellum o oznaczeniu modelu „P99 AS” występuje w ofercie dwóch różnych producentów:

- 1) w ofercie producenta Carl Walther GmbH - pistolet występuje jako Walther P99 AS;
- 2) w ofercie producenta Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. - pistolet występuje jako P99, bez oznaczenia dodatkowego Walther, a przy tym może występować z oznaczeniem numeru wyrobu (np. wyrób 362), lub identyfikującym dodatkową funkcjonalność (np. AS - Anti Stress).

W formularzu ofertowym nie wskazano natomiast ani nazwy Carl Walther GmbH ani Fabryka

Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. jako nazwy producenta oferowanego pistoletu.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, iż w ofercie wykonawcy Łucznik nie została podana nazwa producenta oferowanego pistoletu, co nie tylko jest wprost niezgodne z wymogami SIWZ, ale również uniemożliwia zamawiającemu jednoznaczną identyfikację przedmiotu świadczenia.

Fakt ten potwierdzają również wyjaśnienia wykonawcy Łucznik złożone zamawiającemu w dniu 18 czerwca 2020 r., w których wprost wskazano, iż określenie Walther ma znaczenie (wyłącznie) informacyjne wskazując, że wyrób jest produktem licencjonowanym (str. 1 tiret 3

złożonych wyjaśnień). Tym samym według samego wykonawcy składającego ofertę określenie Walther nie stanowi oznaczenia producenta, którego podanie było wymagane zgodnie z treścią SIWZ.

Dla odwołującego nie ulegało wątpliwości, iż wymóg podania pełnego oznaczenia producenta oferowanego pistoletu został określony celowo i obowiązywał w równym stopniu każdego z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim, analogicznie jak w przypadku większości postępowań, miał on na celu identyfikację przedmiotu świadczenia w taki sposób, aby zamawiający nie mógł mieć wątpliwości jaki wyrób jakiego producenta należy poddać przewidzianym w toku postępowania testom akceptacyjnym, oraz jaki wyrób zostanie mu dostarczony w ramach wykonania zawartej umowy.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający określił konkretne wymogi co do technologii produkcji zamawianego pistoletu, których spełnienie leży w gestii jego producenta. W pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” zawarto wymaganie, aby przedmiot umowy został wykonany zgodnie z

systemem jakości produkcji, kontroli produktu końcowego oraz badań wg wymagań norm serii PN-EN ISO 9001 lub publikacji NATO AQAP-2110. Brak podania w ofercie producenta oferowanego pistoletu uniemożliwia weryfikację spełnienia tego wymagania - certyfikaty systemów zarządzania ISO 9001 oraz NATO AQAP-2110 są bowiem wystawiane na producenta. Jak wynika z powyższego, oferta złożona przez wykonawcę Łucznik nie identyfikuje przedmiotu świadczenia w sposób wymagany przez zamawiającego, co stanowi nieusuwalny błąd tej oferty, uniemożliwiający pełną ocenę jej zgodności z wymogami SIWZ. Zamawiający nie wie i nie może mieć żadnej gwarancji, który z pistoletów - Walther P99 AS produkowany przez Carl Walther GmbH czy też P99 AS (wyrób 362) produkowany przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. zostały mu dostarczone na etapie realizacji zamówienia. Nawet gdyby w sposób nieuprawniony uznać, że doszło do sprecyzowania przedmiotu oferty na etapie udzielenia wyjaśnień czy testów, to należy uznać takie działanie za wprost naruszające przepisy i zasady Pzp, jako dokonane po upływie terminu składania ofert. Jednym z wymogów procedury testowej było bowiem dostarczenie na testy pistoletów dokładnie takich samych, jakie wskazane zostały w ofercie wykonawcy ([załącznik nr 3 do SIWZ, wzór protokołu z testów w zakresie ergonomii oraz zgodności broni z wymaganiami określonymi w OPZ, strona ostatnia, zdanie przedostatnie). To zatem treść oferty powinna determinować przedmiot testów oraz stanowić punkt odniesienia przy udzielaniu wyjaśnień, a nie odwrotnie.

Z uwagi na powyższe, oferta wykonawcy Łucznik w ocenie odwołującego powinna zostać

odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Oferta ta nie precyzuje bowiem przedmiotu

świadczenia w sposób oczekiwany przez zamawiającego. W konsekwencji, wykonawca Łucznik uniemożliwił zamawiającemu i konkurencyjnym wykonawcom jednoznaczną identyfikację przedmiotu świadczenia mającego swoje źródło w ofercie. Niezgodność z SIWZ dotyczy przy tym zasadniczej, merytorycznej treści oferty. Zgodnie z utrwalonym

orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niezgodność oferty z treścią SIWZ może polegać nie tylko na merytorycznej niezgodności treści oferty z wymogami zakreślonymi w SIWZ, lecz również na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego (tak m.in. wyrok o sygn. akt KIO 2642/18). Sam brak podania oznaczenia producenta oferowanego pistoletu stanowi zatem samodzielną podstawę faktyczną do odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezależnie od pozostałych podniesionych w odwołaniu zarzutów. Odwołujący z całą mocą podkreślił także, iż w postanowieniach SIWZ zamawiający jednoznacznie przesądził, iż w przypadku pominięcia w ofercie jednego z obligatoryjnych oznaczeń przedmiotu świadczenia (w tym wypadku - oznaczenia producenta) zamawiający odrzuci złożoną ofertę, bez możliwości jej uzupełnienia. Zważyć także należy, iż przedmiotowy wymóg był rozumiany w jednakowy sposób przez pozostałych wykonawców, którzy podali w ofertach oznaczenie producenta oferowanego pistoletu. Nie sposób przyjąć, iż na gruncie podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest wynikająca z art. 7 ust. 1 Pzp zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, można by zaakceptować sytuację, w której tylko jeden z wykonawców - w odróżnieniu od pozostałych - mógłby dopiero na etapie realizacji umowy zdecydować, czy dostarczy zamawiającemu pistolet Walther P99 AS produkowany przez Carl Walther GmbH czy też P99 AS (wyrób 362) produkowany przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o., jak i również sytuację, w której w stosunku do tylko jednego z wykonawców - w odróżnieniu od pozostałych - zamawiający miałby możliwość oceny, czy przedmiot świadczenia został wyprodukowany zgodnie z normami z serii PN-EN ISO 9001 lub NATO AQAP-2110. Odwołujący stanął więc na stanowisku, iż dokonanie wyboru oferty wykonawcy Łucznik stanowiło jaskrawe naruszenie również art 7 ust. 1 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący na wstępie stwierdził, że jak wykazał powyżej, przedmiot oferty wykonawcy Łucznik może potencjalnie stanowić pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH.

Pistolet ten w ocenie odwołującego nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji technicznej pistoletu 9x19 mm Parabellum nr ewidencyjny: 13/U/BLP/KGP/2019 wydanie 2019 (tekst ujednolicony, zawierający zmiany wprowadzone kartą zmian nr 1), stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, a tym samym określającej wymogi zamawiającego co do oferowanego pistoletu. Zaoferowany pistolet nie spełnia w szczególności następujących wymogów zakreślonych w ww. specyfikacji technicznej:

- nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.1.4. ppkt. 4 ww. specyfikacji technicznej, tj. wymogu żywotności istotnych części pistoletu (lufa, zamek, szkielet) wynoszącej co najmniej 20 000 strzałów oraz 5 000 strzałów na sucho (bez zbijaka), przy spełnieniu wymagania prawidłowego działania broni, w szczególności braku uszkodzeń mogących powodować niebezpieczeństwo dla użytkownika lub osób postronnych;
- nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.1.6. ppkt. 7 ww. specyfikacji technicznej tj. wymogu, aby zużycie broni niezależnie od ilości oddanych strzałów, strzałów na sucho, cykli rozkładania i składania oraz częstotliwości obsługi technicznych nie powodowało bezpośredniego niebezpieczeństwa dla strzelca i osób postronnych w postaci np. wyrzucenia w stronę strzelca części uszkodzonej broni w wyniku uszkodzenia czołka zamka;
- nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.1.6. ppkt. 3 ww. specyfikacji technicznej tj. wymogu, zgodnie z którym pistolet musi posiadać zabezpieczenie przed wystrzałem przedwczesnym (przy niezaryglowanym zamku) oraz przypadkowym (przy nieściągniętym języku spustowym - podczas upadku na twarde podłoże, z wysokości 2 m w położeniu wylotem lufy oraz na tylną część zamka) - zdjęcie blokad musi następować automatycznie, podczas ściągania języka spustowego;
- nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.1.8. ppkt. 2 ww. specyfikacji technicznej tj.

wymogu, aby szkielet pistoletu był wyposażony w szynę montażową - dla akcesoriów (oświetlenie taktyczne, wskaźnik laserowy itp.) z systemem mocowania wg. standardu Picatinny MIL-STD-1913;

co w konsekwencji skutkuje obowiązkiem odrzucenia tak złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W przypadku dwóch pierwszych opisanych powyżej okoliczności odwołujący wyjaśnił, że pistolet Walther P99 posiada wadę konstrukcyjną istotną z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkownika, jaką jest pękające czołko zamka. W broni tej, następstwem przedostania się do kanału iglicy ogromnego ciśnienia jest wyrwanie poprzez tylną płytkę zamka zespołu iglicy w stronę strzelającego oraz oderwanie od broni innych elementów, jak np. przycisk zwalniania napięcia iglicy. W ocenie ekspertów z zakresu broni palnej, przyczyną występowania tej

wady broni oraz jej następstw jest niewłaściwy, zbyt słaby i cienki materiał zastosowany na czółku zamka pistoletu Walther P99. Proces uszkodzenia czółka zamka następuje tym szybciej, im więcej zostanie oddanych strzałów z ww. broni „na sucho”. Nie sposób obliczyć, ile konkretny egzemplarz broni jest w stanie takich „strzałów” wytrzymać. Takie uszkodzenie, może nastąpić zarówno po kilku, kilkuset jak również po kilku tysiącach strzałów „na sucho”. Wymagana przez zamawiającego, ilość strzałów na sucho określona na min. 5 000 bez uszkodzenia broni, musi wystąpić równolegle z co najmniej 20 000 strzałów z użyciem amunicji. Proces uszkodzenia czółka zamka, przy takim wykorzystaniu broni do treningu bez strzałowego, może przebiegać niezwykle szybko. Zaznaczyć należy, iż ocena spełnienia przez oferowany pistolet wymogów określonych w pkt. 5.1.4 ppkt. 4 oraz pkt. 5.1.6 ppkt. 7 ww. specyfikacji technicznej nie była przedmiotem testów przeprowadzonych w toku postępowania. Wynika to wprost z protokołu z testów w zakresie ergonomii oraz zgodności broni z wymaganiami określonymi w OPZ oferta nr 3 - Fabryka Broni „Łucznik” Radom (w dokumentacji postępowania 0. W protokole tym nie zawarto oceny w zakresie pkt. 5.1.4.4 ani 5.1.6.7 ww. specyfikacji technicznej. Odwołujący wskazał, że występowanie przedmiotowej wady w pistolecie Walther P99, przesądzającej o jego niezgodności z wymogami ww. specyfikacji technicznej, sygnalizował natomiast zamawiającemu w piśmie z dnia 4 czerwca 2020 r. (w dokumentacji postępowania). Z nieznanых przyczyn zamawiający całkowicie zignorował te uwagi. Nie zwrócił się także do wykonawcy Łucznik o udzielenie w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, do czego był uprawniony na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z treści oferty nie wynika ponadto, jakoby przedmiotowy pistolet posiadał modyfikacje usuwające tę wadę. Zamawiający mógł stwierdzić brak spełnienia niniejszych wymogów przedmiotowych na podstawie dostępnej mu wiedzy, bez konieczności pozyskiwania jakichkolwiek wyjaśnień od wykonawcy Łucznik bądź podmiotów trzecich. Zamawiający przeprowadził bowiem własne badania, stwierdzające wady pistoletu Walther P99 oraz ich skutki, z których wnioski zawiera artykuł autorstwa podinsp. mgr inż. G.B. oraz podinsp. mgr inż. P.S., opublikowany w „Problemy kryminalistyki” 296(2), 2017. Wnioski te jednoznacznie wskazują na niespełnienie przez oferowany pistolet ww. wymogów przedmiotowych. Opisane wady pistoletu Walther P99 zostały potwierdzone także w artykule autorstwa pana H.J. - biegłego z zakresu broni i balistyki, opublikowanego w „Problemy kryminalistyki” 286(4), 2017. Niezależnie jednak od badań przeprowadzonych przez zamawiającego, te same wnioski znajdują potwierdzenie w opinii trzech niezależnych biegłych sądowych z zakresu broni palnej i amunicji, które odwołujący przedłożył jako załączniki do odwołania. Występowanie w przedmiocie oferty wad omawianych w ww. opiniach biegłych dokumentuje również załączony do odwołania materiał filmowy.

Odnosnie kolejnej okoliczności opisanej powyżej odwołujący stwierdził, że w dostarczanej wraz z pistoletem instrukcji producent deklaruje, iż pistolet ten posiada 4 niezależne bezpieczniki. Czwarty z nich określono jako bezpiecznik chroniący przed przypadkowym strzałem w wyniku upadku broni. Urządzenie to ma zapobiegać samowyzębieniu się zespołu iglicy podczas upadku broni. Pomimo tego zabezpieczenia, w każdym z pistoletów Walther P99, podczas niezbyt silnego uderzenia tylną częścią zamka o twarde podłoże, następuje samowyzębienie zespołu iglicy. Odwołujący wyjaśnił, że w żadnym z testowanych przez niego pistoletów Walther P99 zabezpieczenie przeciwupadkowe nie działało. W przypadku uszkodzenia bądź zabrudzenia przedniej blokady iglicy, upadek przeładowanego pistoletu z wysokości o wiele niższej niż oczekiwane przez zamawiającego dwa metry, będzie skutkował niekontrolowanym strzałem. Przednia blokada iglicy jest wymieniona w instrukcji punkcie 1, w związku z powyższym należy ją traktować, jako osobne zabezpieczenie, niezależne z zabezpieczeniem zapobiegającym wyzębieniu zespołu iglicy podczas upadku broni. Odwołujący zaznaczył, iż ocena spełnienia przez oferowany pistolet wymogów określonych w pkt 5.1.6. ppkt. 3 ww. specyfikacji technicznej nie była przedmiotem testów przeprowadzonych w toku postępowania. Wynika to wprost z protokołu z testów w zakresie ergonomii oraz zgodności broni z wymaganiami określonymi w OPZ oferta nr 3 - Fabryka Broni „Łucznik” Radom (w dokumentacji postępowania). W protokole tym nie zawarto oceny w zakresie pkt 5.1.6.3 ww. specyfikacji technicznej. Odwołujący wskazał, że występowanie przedmiotowej wady w pistolecie Walther P99, przesądzającej o jego niezgodności z wymogami ww. specyfikacji technicznej, sygnalizował zamawiającemu w piśmie z dnia 4 czerwca 2020 r. (w dokumentacji postępowania). Z nieznanых dla odwołującego przyczyn zamawiający całkowicie zignorował te uwagi. Nie zwrócił się także do wykonawcy Łucznik o udzielenie w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, do czego był uprawniony na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z treści oferty nie wynika ponadto, jakoby przedmiotowy pistolet posiadał modyfikacje usuwające tę wadę.

W zakresie ostatniej opisanej powyżej okoliczności odwołujący wskazał, że zastosowana w

oferowanym pistolecie szyna nie jest zgodna z wymaganym standardem Picatinny. Standard ten w USA nosi oficjalną nazwę MIL-STD-1913. W procesie standaryzacji NATO standard ten otrzymał natomiast nazwę STANAG 4694. Jest to uniwersalna szyna montażowa stosowana w broni palnej. W szynie pistoletu Walther P99 zastosowano tylko jeden otwór montażowy. Tymczasem norma STANAG 4694 precyzyjnie określa odległość pomiędzy kolejnymi otworami montażowymi, jak i również konieczność występowania co najmniej

dwóch takich otworów montażowych w szynie. Baza - tj. przerwa poprzeczna w szkielecie broni - umożliwiającą zamocowanie akcesoriów do broni, zgodnie ze standardem MIL-STD-1913 powinna mieć 0.206". Tolerancja została określona na poziomie + .008". Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z przeprowadzonymi przez niego pomiarami, baza w szkielecie pistoletu Walther P99 ma szerokość (przy powtarzanych pomiarach) 0.159" / 0.161". Zdjęte wymiary nie mieszczą się więc w standardach określonych dla szyny Picatinny. Brak jest możliwości instalacji w szynie pistoletu Walther P99 podstawowych akcesoriów taktycznych. Próba zainstalowania powszechnie stosowanego akcesorium w postaci oświetlenia taktycznego zakończyła się niepowodzeniem. Odległość pomiędzy bazą montażową ustalającą położenie akcesorium i przednią powierzchnią kabłąka spustowego uniemożliwia instalację oświetlenia różnych producentów. Wskazał też, że występowanie przedmiotowej wady w pistolecie Walther P99, przesądzającej o jego niezgodności z wymogami ww. specyfikacji technicznej, sygnalizował zamawiającemu w piśmie z dnia 4 czerwca 2020 r. (w dokumentacji postępowania). Z nieznanym mu przyczyn zamawiający całkowicie zignorował te uwagi. Nie zwrócił się także do wykonawcy Łucznik o udzielenie w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, do czego był uprawniony na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z treści oferty nie wynika ponadto, jakoby przedmiotowy pistolet posiadał modyfikacje usuwające tę wadę.

W tym miejscu - niezależnie od powyższego - odwołujący zauważył także, iż zawarcie w przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert jakim jest zaoferowanie konkretnego

modelu pistoletu - w tym m.in. pistoletu Walther P99 (kryterium K3, opisane w rozdziale XIV SIWZ) w żadnym wypadku nie powinno być odczytywane jako przesądzenie przez zamawiającego z góry o zgodności określonego modelu pistoletu z treścią SIWZ. Za przeciwną interpretacją przemawia nie tylko opisana wyżej i wynikająca z badań przeprowadzonych przez samego zamawiającego i dostępna mu wiedza o wadliwości przedmiotowego modelu pistoletu, lecz przede wszystkim sama treść SIWZ. W opisie przedmiotowego kryterium oceny ofert zamawiający stwierdził bowiem wprost, iż przyczyną jego wprowadzenia jest nie tyle uznanie pistoletu Walther P99 za a priori zgodny z wymogami SIWZ i załączników, lecz tylko i wyłącznie chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego, akcesoriów (kabury, ładownice) oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdujące się aktualnie na wyposażeniu Policji.

W zakresie dwóch kolejnych zarzutów odwołujący wyjaśnił, że poinformował zamawiającego o braku wskazania w ofercie wykonawcy Łucznik nazwy producenta oferowanego pistoletu, co było wymagane postanowieniami SIWZ pod sankcją odrzucenia oferty, w piśmie z dnia 4 czerwca 2020 r. (w dokumentacji postępowania). Odwołujący wskazał, że w piśmie tym argumentował, iż jest to brak kluczowy i jednocześnie nieusuwalny, w związku z czym aktualizuje się obowiązek zamawiającego do odrzucenia tak złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zamawiający zgodził się z poglądem wyrażonym w piśmie odwołującego, iż w ofercie handlowej producenta Carl Walther GmbH występuje pistolet oznaczony jako Walther P99 AS, natomiast w ofercie producenta Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. występuje pistolet o innym oznaczeniu, tj. P99 AS (wyrób 362), czego wyrazem jest treść pisma zamawiającego z dnia 16 czerwca 2020 r., stanowiącego wezwanie wykonawcy Łucznik do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W piśmie tym zdaniem odwołującego, zamawiający wprost potwierdził także, iż z powyższego względu w jego ocenie zachodzi rozbieżność pomiędzy załączoną do oferty kartą katalogową a treścią samej oferty (pismo zamawiającego z dnia 16 czerwca 2020 r., znak L.dz. FZF 4178/10, akapit przedostatni - w dokumentacji postępowania).

Odwołujący stanął na stanowisku, iż stwierdzenie przez zamawiającego tego rodzaju rozbieżności winno stanowić co najmniej przyczynek do wezwania wykonawcy Łucznik do uzupełnienia karty katalogowej dla pistoletu wskazanego w treści oferty tj. Walther P99 AS, co powinno nastąpić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. To bowiem treść oferty winna bowiem determinować treść karty katalogowej, a nie odwrotnie. Brak oznaczenia nazwy producenta, uniemożliwiający jednoznaczną identyfikację przedmiotu świadczenia, oraz ocenę zgodności oferty z wymogami SIWZ, powinien z kolei skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Tymczasem zamawiający - w ocenie odwołującego mając świadomość, iż oferta wykonawcy Łucznik podlega odrzuceniu - zdecydował się umożliwić wykonawcy Łucznik udzielenie wyjaśnień mających na celu sanowanie tego braku, poprzez zmianę treści oferty i wskazanie przez wykonawcę Łucznik jednego z dwóch możliwych producentów pistoletu P99 AS. Z treści samego art. 87 ust. 1 Pzp, stanowiącego podstawę wezwania, wynika, iż niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W odpowiedzi na bezprawne w tych warunkach wezwanie, wykonawca Łucznik udzielił wyjaśnień zmieniających treść oferty złożonej zamawiającemu, poprzez wskazanie producenta oferowanego modelu pistoletu. Wykonawca ten wyjaśnił, iż złożona oferta

obejmuje pistolet P-99, produkowany przez Fabrykę Broni Łucznik (akapit pierwszy

wyjaśnień wykonawcy Łucznik z dnia 18 czerwca 2020 r. - w dokumentacji postępowania). Wyjaśnienia te są niespójne z treścią oferty, w której wskazano, iż dostarczony zostanie pistolet Walther P99 AS, co jednoznacznie sugeruje, iż jego producentem jest firma Carl Walther GmbH. Pistolet oznaczony jako Walther P99 AS w ogóle nie występuje bowiem w oficjalnych i powszechnie dostępnych materiałach Fabryki Broni Łucznik, czego dowodzą materiały i karty katalogowe załączone do niniejszego odwołania. Pistolet Walther P99 AS występuje jedynie w ofercie producenta Carl Walther GmbH.

Według odwołującego zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy Łucznik twierdzenie, jakoby pistolet P99, produkowany przez Fabrykę Broni Łucznik był oznaczany także jako Walther P99 nie znajduje żadnego potwierdzenia w powszechnie dostępnych materiałach handlowych tego producenta. Oznaczenie to stosuje natomiast w swoich materiałach handlowych wyłącznie producent Carl Walther GmbH. Twierdzenie wykonawcy Łucznik jest tym bardziej nie do zaakceptowania na gruncie przepisów ustawy Prawo własności przemysłowej, w szczególności art. 129(1) ust. 1 pkt 2 tejże ustawy, w myśl którego każdy znak towarowy (w tym wypadku - oznaczenie modelu) musi umożliwiać odróżnienie towarów w obrocie. Niedopuszczalne jest więc co do zasady stosowanie takich samych oznaczeń modelu przez dwóch różnych producentów. Uznać zatem należy, iż pistolet produkowany przez Fabrykę Broni Łucznik nie jest oznaczany z uwzględnieniem oznaczenia „Walther”, albowiem oznaczenie to jest właściwe pistoletom innego producenta. W oparciu o wyjaśnienia de facto zmierzające do zmiany treści oferty, zamawiający dokonał modyfikacji treści oferty wykonawcy Łucznik w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. W piśmie zamawiającego informującym o skorygowaniu omyłki wskazano, iż korekta dokonywana jest na podstawie

informacji zawartych w karcie katalogowej oferowanej broni oraz z oparciu o złożone wyjaśnienia (pismo zamawiającego z dnia 30 czerwca 2020 r. znak L.dz. FZF 4650/20 - w dokumentacji postępowania). Już zatem samo źródło wiedzy zamawiającego o rzekomo prawidłowej (skorygowanej) treści oferty czyni niniejszą czynność wadliwą. W orzecznictwie i doktrynie dominuje bowiem pogląd, iż aby mówić o omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy ustalić czy zamawiający mógł samodzielnie (tj. bez udziału wykonawcy, w szczególności bez potrzeby uzyskiwania wyjaśnień) stwierdzić, jaka była rzeczywista wola wykonawcy, aby móc następnie doprowadzić do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty (tak m.in. wyrok o sygn. akt

KIO 196/20). Skoro w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie mógł samodzielnie i bez udziału wykonawcy Łucznik przesądzić o prawidłowej treści oferty wykonawcy Łucznik, uznać należało, iż brak oznaczenia producenta oferowanego pistoletu nie podlegał skorygowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a już w szczególności nie podlegał skorygowaniu w oparciu o wyjaśnienia zmieniające treść oferty.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, iż dokonana przez zamawiającego korekta nie znajduje żadnego oparcia w treści złożonych wyjaśnień. Zamawiający nawet wbrew treści tych wyjaśnień próbuje doprowadzić do sytuacji, w której przedmiotem oferty - nawet wbrew twierdzeniom wykonawcy Łucznik i wbrew stosowanym przez tego producenta oznaczeniom produktu - będzie pistolet oznaczony jako Walther P99 AS, co pozwoli na przyznaniu temu wykonawcy 9,00 dodatkowych punktów w ramach kryterium „K3 - Kompatybilność”, i uplasowanie tej oferty na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Łucznik przesądził bowiem, iż zawarte w ofercie oznaczenie „Walther” nie stanowi elementu oznaczenia modelu, a tym samym nie powinno być podane w polu formularza ofertowego przeznaczonym na określenie nazwy producenta i modelu oferowanego pistoletu. Treść złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, iż oznaczeniem typu/modelu wyrobu jest fraza „P-99”, a nie Walther P99. Wskazuje jednocześnie, iż określenie Walther ma znaczenie (wyłącznie) informacyjne wskazując, że wyrób jest produktem licencjonowanym, co dodatkowo przesądza, iż nie jest to element oznaczenia modelu. Gdyby więc zamawiający rzeczywiście chciał skorygować treści oferty wykonawcy Łucznik w oparciu o złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia oraz załączoną do oferty kartę katalogową, musiałby wpisać w odpowiednim polu formularza ofertowego następującą frazę: Producent: Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o. o., model: P99 AS (wyrób 362)".

W zakresie ostatniego zarzutu podstawowego odwołujący wyjaśnił, że jak wykazał powyżej, pistolet samopowtarzalny kal. 9x19 mm Parabellum o oznaczeniu modelu „P99 AS” występuje w ofercie dwóch różnych producentów;

- 1) w ofercie producenta Carl Walther GmbH - pistolet występuje jako „Walther P99 AS”;
- 2) w ofercie producenta Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. - pistolet występuje jako „P99”, bez oznaczenia dodatkowego „Walther”, a przy tym może występować z oznaczeniem numeru wyrobu (np. „wyrób 362”), lub identyfikującym dodatkową funkcjonalność (np. „AS” - Anti Stress).

Wykonawca Łucznik zdecydował się na oznaczenie w swojej ofercie oferowanego pistoletu jako „Walther P99 AS”. Pistolet o takim oznaczeniu jest znany na rynku jako produkowany przez firmę Carl Walther GmbH. Następnie, w złożonych w toku postępowania wyjaśnieniach wykonawca ten wskazuje, iż zaoferowany został pistolet inny tj. produkcji własnej tego wykonawcy, znany na rynku pod oznaczeniem „P99 AS”.

Opisane działanie wykonawcy Łucznik musi być w tym stanie faktycznym interpretowane jako stosowanie wprowadzającego w błąd oznaczenia towaru w celu uzyskania nieuprawnionej korzyści w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w postaci 9,00 dodatkowych punktów w ramach kryterium „K3 - kompatybilność”. W ramach tego kryterium zamawiający przyznaje bowiem 9,00 dodatkowych punktów za zaoferowanie m.in. pistoletu „Walther P99”. W przypadku zaoferowania pistoletu „P99” wykonawca Łucznik otrzymałby 0,00 punktów. Według odwołującego wykonawca Łucznik - manipulując w treści oferty oznaczeniem modelu oferowanego pistoletu oraz nie wskazując nazwy jego producenta wprowadził w błąd zamawiającego, czym doprowadził do przyznania mu 9,00 dodatkowych punktów, co z kolei uplasowało jego ofertę na pierwszej pozycji w rankingu. Niezależnie od działania wykonawcy w celu uzyskania określonej korzyści, już sam fakt oznaczenia oferowanego towaru w sposób wprowadzający w błąd, tj. sugerowanie, iż oferowany jest towar innego producenta, niż w rzeczywistości, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe zdaniem odwołującego przesądziło o obowiązku odrzucenia tak złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do pierwszej grupy zarzutów ewentualnych odwołujący wskazał, że zastrzegł, iż uzasadnione poniżej zarzuty zostały sformułowane wyłącznie z ostrożności procesowej i winny być rozpoznane w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów odwołania, których uwzględnienie mogłoby skutkować nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, i jednocześnie uznaniem, iż przedmiotem oferty jest pistolet P99 AS (wyrób 362), którego producentem jest Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, iż nawet gdyby uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym konieczne i dopuszczalne byłoby skorygowanie treści oferty wykonawcy Łucznik, to korekta ta musiałaby uwzględniać rzeczywistą intencję tego wykonawcy, tj. zamiar zaoferowania i dostarczenia pistoletu jego własnej produkcji. Ewentualne skorygowanie omyłki w treści oferty musiałoby dotyczyć zarówno oznaczenia producenta jak i oznaczenia modelu. W ofercie producenta Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. nie występuje bowiem model Walther P99 AS, co potwierdzają wyjaśnienia wykonawcy złożone w toku postępowania. Wprost w nich wskazano, iż oznaczeniem modelu jest fraza P99 AS, zaś fraza Walther nie stanowi elementu oznaczenia modelu, i jest stosowana wyłącznie informacyjnie. Pistolet o oznaczeniu modelu Walther P99 AS występuje natomiast w ofercie handlowej innego producenta, tj. Carl Walther GmbH, stąd ewentualna korekta nie może prowadzić do wpisania takiego oznaczenia modelu w formularzu ofertowym. Z uwagi na powyższe, ewentualna korekta musiałaby polegać na wpisaniu w polu formularza ofertowego przeznaczonego na podanie oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu następującej frazy: Producent: Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o., model: P99AS (wyrób 362). Według odwołującego wyłącznie takie działanie byłoby zgodne z intencją wykonawcy Łucznik wyrażoną w treści wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2020 r. oraz załączoną do oferty kartą katalogową.

W zakresie zarzutu dotyczącego kryterium K3 odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z opisem sposobu oceny tego kryterium, zawartym w rozdziale XIV SIWZ:

Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługi owo-naprawczego, akcesoriów (kabury, ładownice) oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 9 punktów, w przypadku zaoferowania pistoletów Walther P-99, Glock 17, Glock 19 lub Beretta APX. Za zaoferowanie takiej broni zostanie przyznane 9 punktów, w przeciwnym wypadku Wykonawca otrzyma 0 punktów.

- zamawiający przyznaje 9,00 punktów za zaoferowanie pistoletu o oznaczeniu modelu „Walther P99”, którego producentem jest firma Carl Walther GmbH, oraz 0,00 punktów w przypadku zaoferowania pistoletu „P99 AS”, którego producentem jest Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. Przyjmując zatem, iż oznaczenie producenta i modelu zostanie skorygowane przy uwzględnieniu rzeczywistej intencji wykonawcy Łucznik co do zaoferowania pistoletu własnej produkcji, o oznaczeniu modelu P99 AS (co opisano powyżej), należałoby jednocześnie uznać, iż zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, bezzasadnie przyznając ofercie wykonawcy Łucznik 9,00 dodatkowych punktów. Oferta wykonawcy Łucznik powinna zatem w takiej sytuacji otrzymać nie 100,00 punktów (jak wskazano w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej), lecz 91,00, co

uplasuje ją na drugiej pozycji w rankingu ofert, za ofertą odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odwołujący stanął na stanowisku, że rzeczywistą intencją wykonawcy było zaoferowanie i dostarczenie pistoletu oznaczonego prawidłowo jako Producent: Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o., model: P99 4S (wyrób 362), podczas gdy w ofercie wskazano oznaczenie Walther P99 45 bez oznaczenia producenta, należy jednocześnie dojść do przekonania, iż sposób wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Łucznik wypełnia znamiona przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Wskazanie w ofercie pistoletu Walther P99 AS bez intencji jego dostarczenia stanowiło działanie wprowadzające zamawiającego w błąd poprzez wywołanie błędnego przeświadczenia, iż przedmiot oferty stanowi pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest firma Carl Walther GmbH. Błędne przeświadczenie zamawiającego doprowadziło w konsekwencji do przyznania ofercie wykonawcy Łucznik 9,00 dodatkowych punktów w ramach kryterium K3 - kompatybilność.

Odwołujący zaznaczył, iż błędne przekonanie zamawiającego co do rzeczywistego przedmiotu świadczenia nie ustało na skutek działań podjętych przez wykonawcę Łucznik. Przeciwnie - dopiero na skutek pisma odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r. zamawiający mógł zorientować się w zaistniałej sytuacji, skutkiem czego były wystosowanie do wykonawcy Łucznik wezwania do udzielenia wyjaśnień. Skoro więc wykonawca Łucznik zawarł w swojej ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a jednocześnie z własnej inicjatywy nie podjął żadnych działań w celu skorygowania tego błędu, powinien on zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp.

Przy uzasadnieniu dla drugiej grupy zarzutów ewentualnych odwołujący zastrzegł, że uzasadnione poniżej zarzuty zostały sformułowane wyłącznie z ostrożności procesowej i winny być rozpoznane w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów odwołania, których uwzględnienie mogłoby skutkować nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Łucznik, oraz nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a także zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i jednocześnie uznania, iż przedmiotem oferty jest pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH.

Co do pierwszej grupy zarzutów tej grupy zarzutów ewentualnych odwołujący podniósł, iż w żadnym miejscu formularza ofertowego, którego wzór określa załącznik nr 7 do SIWZ, nie wskazano Fabryki Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. jako producenta oferowanego pistoletu. Należy więc z góry wykluczyć możliwość, jakoby to Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. mogłaby być jego producentem. W zasadzie jedynym określeniem w treści formularza ofertowego, któremu potencjalnie można by próbować przypisać walor oznaczenia producenta, jest określenie Walter. Mogłoby ono potencjalnie identyfikować firmę Carl Walther GmbH. W ofercie handlowej tej firmy znajduje się pistolet Walther P99 AS, co potwierdzają dowody załączone do odwołania.

Jednocześnie wyjaśnił, że należy zważyć, iż w polu formularza ofertowego dedykowanym dla podania obligatoryjnych oznaczeń producenta i modelu nie znajduje się nazwa producenta tj. fraza Carl Walther GmbH. Określenie producenta ma kluczowe znaczenie, albowiem w przedmiotowym stanie faktycznym jest to jeden z elementów pozwalających jednoznacznie zidentyfikować przedmiot świadczenia, a ponadto zamawiający wymagał podania tej nazwy pod rygorem odrzucenia oferty. Z uwagi na powyższe w ocenie odwołującego uznając, iż zaoferowany został pistolet Walther P99 AS, należałoby skorygować treść formularza

ofertowego w trybie art. 87 ust 2 pkt. 3 Pzp, poprzez wpisanie w polu formularza ofertowego przeznaczonym na podanie oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu następującej frazy: Producent: Carl Walther GmbH, model: Walther P99 AS.

W zakresie ostatniego zarzutu odwołujący wyjaśnił, że stosownie do wymogu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt. 2.1 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć kartę katalogową, zawierającą fotografię oraz opis oferowanego wyrobu. Uznając więc, iż przedmiot oferty stanowi pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH, należałoby jednocześnie uznać, iż wykonawca Łucznik zobowiązany jest do przedłożenia karty katalogowej dla tego pistoletu. Wykonawca Łucznik nie przedłożył zamawiającemu karty katalogowej pistoletu Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH. Zamawiający ewentualnie naruszył więc przepis art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem zaniechał wezwania wykonawcy Łucznik do uzupełnienia przedmiotowej karty katalogowej

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w postaci pisemnej. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie tym podał argumentację uzasadniającą

ww. wniosek.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal „Łucznik”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 11 sierpnia 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty przystępującego w tym wypełnionym załącznikiem nr 7 do SIWZ oraz kartą katalogową;
- wezwania do wyjaśnień z dnia 16 czerwca 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- odpowiedzi przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 18 czerwca 2020 r.;
- pisma zamawiającego z dnia 30 czerwca 2020 r. w sprawie poprawienia treści oferty przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- odpowiedzi przystępującego z dnia 1 lipca 2020 r. na powyższe pismo zamawiającego zawierającą zgodę na poprawienie innej omyłki wskazanej w art. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- informacji z dnia 23 lipca 2020 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

2) załączonych do odwołania:

- karty katalogowej dostępnej na stronie internetowej producenta Carl Walther GmbH <https://www.carl-walther.com/products/defense-guns/pistols/2689421.html>) - wraz z

tłumaczeniem na język polski;

- karty katalogowej dostępnej na stronie internetowej producenta Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. <http://fabrykabroni.pl/produktv/pistoletv-samopowtarzalne/p99/>);
- karty katalogowej dostępnej na stronie internetowej producenta Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. <http://fabrykabroni.pl/wp-content/uploads/2015/12/Karta-Produktu->);
- artykułu autorstwa podinsp. mgr inż. G.B. oraz podinsp. mgr inż. P.S., opublikowanego w „Problemy kryminalistyki” 296(2), 2017;
- artykułu autorstwa pana H.J. - biegłego z zakresu broni i balistyki, opublikowanego w

„Problemy kryminalistyki” 286(4)], 2014;

- opinii biegłego A.I.;
- opinii biegłego G.T.;
- opinii biegłego M.K.;
- dwóch filmów na płycie CD;
- dokumentacji fotograficznej (6 zdjęć);

3) złożonych przez odwołującego na rozprawie:

- wydruku informacji z Wikipedii odnoszącej się do szyny Picatinny (informacja w języku polskim i angielskim) oraz notatki zawierającej porównanie szyny Picatinny z szyną Weaver;
- decyzji nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji;
- opinii z dnia 2 czerwca 2020r. opracowanej przez Z.M. biegłego sądowego skarbowego ds. broni i amunicji;
- treści normy MIL-STD-1913;

4) złożonych przez zamawiającego na rozprawie:

- kart środków trwałych;
- pisma Biura Logistyki zamawiającego z dnia 26 listopada 2018 r.;
- przewodnika technologicznego w zakresie obsługi technicznego pistoletu Walther P-99 AS;

5) złożonych przez przystępującego na rozprawie:

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego 16 grudnia 2015 r., które dotyczyło zamówienia zamawiającego na zakup części wymiennych do 9 mm pistoletów Walther P-99;
- materiału dydaktycznego pn.: Zmiany konstrukcyjne w pistolecie P-99 Walther na przestrzeni lat 2001-2012;
- odwołania złożonego przez odwołującego w dniu 6 września 2019 r.;
- aktualnej decyzji nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2.1. i 2.2. SIWZ wykonawcy w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania mieli złożyć wraz z ofertą:

2.1. Kartę katalogową, zawierającą fotografię oraz opis oferowanego wyrobu.

2.2. Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia potwierdzający spełnienie wymagań określonych w załączniku nr 2 do SIWZ (zgodnie z treścią określoną w załączniku nr 7 do SIWZ). Przedmiotowe informacje stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu, a ich brak skutkował będzie odrzuceniem oferty.

Opis przedmiotu zamówienia został podany w załączniku nr 2 do SIWZ i określony jako Specyfikacja techniczna nr 13/U/BLP/KGP/2019. Wymagania techniczne zostały zawarte w pkt 5 tego dokumentu. Żadne wymaganie opisane w tym punkcie nie odnosiło się do producenta pistoletu.

Załącznik nr 7 do SIWZ stanowił wzór szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia i miał być wypełniony przez wykonawcę. Pod nagłówkiem tego dokumentu znajdowało się miejsce na wskazanie zaofertowanego przedmiotu zamówienia w którym zgodnie z informacją podaną w nawiasie należało wymienić producenta, model/typ, numer

katalogowy. W dalszej kolejności w treści tego załącznika znajdowała się tabelka zawierająca pozycje oznaczone numerami 1-12, które stanowiły przeniesienie wymagań technicznych podanych w pkt 5 załącznika nr 2 do SIWZ. Wykonawca składający ofertę miał wypełnić przedmiotową tabelkę przez odpowiednie skreślenie informacji dla danych oferowanego przedmiotu zamówienia na zasadzie spełnia/nie spełnia.

W rozdziale XIV SIWZ zostały określone kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Jednym z tych kryteriów było kryterium K3 określone jako Kompatybilność. Przy opisie sposobu obliczenia punktów w odniesieniu do tego kryterium zamawiający wskazał:

„K3 - Kompatybilność” - waga 9% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 9 punktów)

Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego, akcesoriów (kabury, ładownice) oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 9 punktów, w przypadku zaoferowania pistoletów Walther P-99, Glock 17, Glock 19 lub Beretta APX. Za zaoferowanie takiej broni zostanie przyznane 9 punktów, w przeciwnym wypadku Wykonawca otrzyma 0 punktów

Przystępujący złożył wraz formularzem ofertowym wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ jak i kartę katalogową. W wypełnionym załączniku nr 7 do SIWZ przystępujący przy wskazaniu zaoferowanego przedmiotu zamówienia podał wyłącznie Walther P99 AS. Złożona przez przystępującego karta katalogowa została opatrzona nagłówkiem Karta katalogowa pistoletu samopowtarzalnego P99 (wyrób 362). W pkt 1 karty katalogowej przy wskazaniu pełnej nazwy produktu/wyrobu zawarte jest określenie Pistolet samopowtarzalny P99 kal. 9x19mm Para. W pkt 2 karty katalogowej zawarte zostały zdjęcia pistoletu (lewy i prawy profil). Na zdjęciu przedstawiającym lewy profil pistoletu widoczna jest nazwa Walther na dolnej części rękojeści oraz z lewej strony zamka (od strony wylotu lufy). Na tym samym zdjęciu, na zamku

po prawej stronie nazwy Walther widoczne jest oznaczenie P99, a pod tym oznaczeniem widoczna jest nazwa F.B. RADOM POLAND. Na zdjęciu przedstawiającym prawy profil pistoletu widoczna jest nazwa Walther na dolnej części rękojeści oraz logo przystępującego (w środkowej części zamka). W pkt 8 karty katalogowej (str. 3) dotyczący wykonawcy/producenta zawarta została informacja - Fabryka Broni „Łucznik” - Radom sp. z o. o.

Odwolujący pismem z dnia 4 czerwca 2020 r. skierowanym do zamawiającego, przedstawił argumentację wskazującą na konieczność odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przedmiotowa argumentacja została następnie w dużej mierze powielona w odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający w wezwaniu zwrócił uwagę, że zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą zaoferowany został pistolet Walther P99 AS, natomiast pistolet o takim oznaczeniu znajduje się w ofercie producenta Carl Walther GmbH, a jednocześnie z karty katalogowej wynika, że dotyczy ona wyrobu Pistolet samopowtarzalny P99 kal. 9x19mm Para oznaczonego zgodnie z kartą jako wyrób 362, którego producentem jest Fabryka Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o. W konkluzji tego pisma zamawiający wskazał, że W celu wyjaśnienia wątpliwości, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności wynikających z oferty w zakresie producenta oraz oferowanego przedmiotu zamówienia.

Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z dnia 18 czerwca 2020 r. W wyjaśnieniach wskazał, że:

Dołączona do oferty Karta Katalogowa produktu dotyczy pistoletu (typ / model) P-99, z dodatkowym oznaczeniem „362”, które ma jednak wyłącznie znaczenie wewnątrzorganizacyjne, oznaczające numer dokumentacji technicznej ww. wyrobu nadany

przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o. W efekcie ww. oznaczenie „362” nie ma - z punktu widzenia użytkownika / nabywcy - jakiegokolwiek praktycznego lub formalnego znaczenia.

Ofertowe oznaczenie przedmiotu umowy (oferowanego wyrobu):

- P-99 - oznacza typ / model wyrobu (zgodnie z opisem w Karcie Katalogowej) i jest kluczowe z punktu widzenia ustalenia (zdefiniowania) przedmiotu umowy,
- określenie AS, oznacza, iż wyrób posiada tzw. funkcję (funkcjonalność) „anty stres”, o której mowa w pkt. 3, akapit trzeci Karty Katalogowej, zapobiegającą oddaniu przypadkowego strzału w warunkach stresu,

- określenie „Walther” ma znaczenie (wyłącznie) informacyjne wskazując, że wyrób jest produktem licencjonowanym (produkowanym przez Fabrykę Broni w oparciu o umowę licencyjną z 2001 r., zawartą z Carl Walther GmbH).

W tym zakresie zwracamy uwagę na istniejące na wyrobie (patrz: zdjęcia na stronie 1 Karty Katalogowej) oznaczenia zawierające jednocześnie znaczniki: „P-99” - na zamku, jak i „Walther” - na zamku i rękojeści broni. Ofertowe oznaczenie wyrobu dodatkowym określeniem „Walther”, jako oznaczenie wyłącznie informacyjne (uzupełniające) nie zmienia faktu, że przedmiotem dostawy jest (z technicznego punktu widzenia) pistolet P-99, gdyż to właśnie to ostatnie oznaczenie definiuje - jak wskazano wyżej - typ / model broni. Wyróżnikiem odróżniającym licencjonowane wyroby produkowane przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o. od wyrobów Carl Walther GmbH jest natomiast dodatkowe oznaczenie umieszczane przez naszą Spółkę na zamku broni: z lewej jego strony o treści „FB RADOM POLAND”, a z prawej strony znak towarowy Fabryki Broni - trójkąt z wpisanym w niego oznaczeniem FB (por. zdjęcia zawarte w Karcie Katalogowej). To oznaczenie jest unikalne i przypisane wyłącznie do Fabryki Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o., co wyklucza jakąkolwiek pomyłkę w ustaleniu faktycznego producenta broni.

Reasumując, wyroby jakie będą dostarczone do Policji w ramach umowy zawartej w toku przedmiotowego postępowania o sygn. 20/Cut/20/DG będą wyprodukowanymi w Polsce - przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o. - pistoletami Walther P-99 (P-99 na licencji Carl Walther GmbH) i będą nosiły oznaczenie potwierdzające fakt ich krajowej produkcji, zgodnie z oznaczeniem wskazanym w Karcie Katalogowej.

Pragniemy podkreślić, że handlowe oznaczenie wyrobu produkowanego przez naszą Spółkę nazwą: P-99 / Walther P-99 jest w pełni równoważne i w obrocie występuje zamiennie, a różnica polega jedynie na zaznaczeniu / wskazaniu faktu istnienia licencji. Najlepszym dowodem na istniejący stan rzeczy jest to, że sama Komenda Główna Policji rozpisując postępowania na zakup części zamiennych do użytkowanych przez nią pistoletów (typ / model) P-99 oznacza przedmiot takich postępowań jako: „części zamienne do pistoletów 9 mm ”Walther” P 99” (por. sygn.: nr 51/Cut/15/MT i nr 119/51/Cut/15/MT - z roku 2014, nr 301/226/Cut/15/EZ - z roku 2015, czy nr 208/Cut/18/RG i nr 235/208/Cut/18/RG - z roku 2018).

Także w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (sygn. 20/Cut/20/DG) Komenda Główna Policji wskazała - odnośnie dodatkowej punktacji przyznawanej w zakresie kompatybilności - iż punkty takie przyznane zostaną dostawcom broni „Walther P-99” mimo, że Policja nie użytuje przecież broni dostarczanej przez Carl Walther GmbH, a właśnie przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o.

Reasumując wskazujemy, że zapisy umieszczone w treści oferty oraz w dołączonej do niej Karcie Katalogowej są zapisami spójnymi, dotyczącymi tego samego typu / modelu wyrobu, produkcji krajowej.

Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ przeprowadził testy zaoferowanych przez wykonawców pistoletów w tym także pistoletu zaoferowanego przez przystępującego. Z treści protokołu z testów w zakresie ergonomii oraz zgodności broni z wymaganiami określonymi w OPZ, sporządzonego według wzoru opisanego w załączniku nr 3 do SIWZ wynika, że pistolet zaoferowany przez przystępującego został przetestowany przez zamawiającego w dniu 25 czerwca 2020 r. W pkt 3 ww. protokołu z testów przy oznaczeniu nazwy testowanej broni wskazano Walther P99 AS.

Pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poinformował przystępującego, że na podstawie informacji zawartych w karcie katalogowej oferowanej broni oraz w oparciu o złożone wyjaśnienia poprawił w jego ofercie inną omyłkę, polegającą na błędnym wpisaniu nazwy oferowanego pistoletu oraz braku wpisania producenta w wypełnionym załączniku nr 7 do oferty. Zamawiający dokonał poprawy omyłki w następujący sposób:

Było:

Zaoferowany przedmiot zamówienia: Walther P99 AS

Jest:

Zaoferowany przedmiot zamówienia: Fabryka Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o., „Walther” P99 AS

Przystępujący pismem z dnia 1 lipca 2020 r. poinformował zamawiającego o wyrażeniu zgody na poprawienie innej omyłki wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 87 ust. 1 Pzp - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, 1649) - 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi;
- art. 91 ust. 1 i 2 Pzp - 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:
 - 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
 - 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
 - 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
 - 4) aspekty innowacyjne;
 - 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
 - 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.;
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - 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;
- art. 26 ust. 3 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25

ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że w niemal pełnym zakresie przyjęła i uznała za własne stanowisko przystępującego zawarte w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz zbieżne z nim stanowisko zamawiającego wyrażone ustanie na rozprawie.

W tym kontekście należy wskazać, iż przeważająca część odwołania (oznaczona przez odwołującego, jako tzw. „zarzuty podstawowe”) sprowadzała się do założenia, że przedmiotem złożonej przez przystępującego oferty jest pistolet Walter P99 AS niemieckiego producenta Carl Walther GmbH. W ocenie składu orzekającego powyższe założenie odwołującego było błędne i stanowiło nieuzasadnioną interpretację okoliczności wynikających ze złożonych przez przystępującego dokumentów, która w ustalonym stanie sprawy nie mogła skutkować uwzględnieniem odwołania. Z treści dokumentów złożonych postępowaniu jak i wyjaśnień złożonych przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie skład orzekający doszedł do przekonania, że przystępujący zaoferował pistolet, który oznaczył jako Walther P99 AS, którego jest producentem.

Odnosząc się do powyższego skład orzekający w pierwszej kolejności uznał, że możliwe było ustalenie wszystkich wymaganych w SIWZ informacji o oferowanym przedmiocie zamówienia, w tym odnośnie producenta broni. Wbrew twierdzeniu odwołującego w ofercie przystępującego została podana nazwa producenta broni. Taka wyraźna informacja dotycząca producenta oferowanego wyrobu została bowiem podana w cytowanym powyżej pkt 8 karty katalogowej. W związku z tym w stanie przedmiotowej sprawy brak wskazania przez przystępującego w treści wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ producenta

zaoferowanego przedmiotu zamówienia, należało uznać co najwyżej za uchybienie formalne,

które nie powodowało, że niemożliwym stała się (na gruncie dokumentów oferty) jednoznaczna identyfikacja zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

W związku z faktem, że oferta przystępującego już od chwili jej złożenia zawierała

oznaczenie producenta oferowanego wyrobu, dalszą argumentację odwołującego w tym zakresie, opartą na błędnym założeniu, że takiej informacji w ofercie przystępującego nie było, należało uznać za bezprzedmiotową. W ocenie Izby zamawiający wiedział zatem już z treści samej oferty przystępującego, że oferowany wyrób jest produkowany przez przystępującego (co dodatkowo wynikało z oznaczeń broni przedstawionych na zdjęciach zamieszczonych w karcie katalogowej).

W tym kontekście wezwanie do wyjaśnień z dnia 16 czerwca 2020 r. skierowane do przystępującego w ocenie składu orzekającego nie naruszało treści art. 87 ust. 1 Pzp. Jak wskazano powyżej informacja dotycząca producenta wynikała ze złożonej przez przystępującego karty katalogowej, zatem należało uznać, że była w posiadaniu zamawiającego. Ponadto udzielone przez przystępującego w dniu 18 czerwca 2020 r. wyjaśnienia nie stały w sprzeczności z informacją wynikającą z karty katalogowej. W związku z tym poprzez złożenie wyjaśnień przystępujący nie doprowadził do zmiany czy też uzupełnienia treści oferty oraz czynność ta nie stanowiła także niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy zamawiającym oraz przystępującym dotyczących złożonej oferty. Izba uznała, że czynność ta wpisywała się w proces poprawy oferty przystępującego, który mając na uwadze stan przedmiotowej sprawy należało uznać za prawidłowy.

Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty może nastąpić z uwagi na sprzeczność treści oferty z

postawionymi w SIWZ wymaganiami, a nie z uwagi na ewentualne uchybienia formalne oferty. Brak oznaczenia przez przystępującego producenta pistoletu w treści wypełnionego załącznika nr 7 mógł być - co najwyżej - takim uchybieniem formalnym, ale niepowodującym niezgodności treści oferty z treścią SIWZ skoro z innych złożonych wraz z ofertą

dokumentów (stanowiących dokumenty obowiązkowe zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 SIWZ), w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że to przystępujący jest producentem zaofiarowanej broni.

W ocenie Izby przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega z kolei na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji. Innymi słowy, aby zamówienie mogło być udzielone (mogła być zawarta umowa), oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, w szczególności potwierdzać, czy wykonawca spełnia w ogóle warunki udzielenia zamówienia. Bez takiego potwierdzenia w ofercie (warunków udzielenia zamówienia), nie mamy do czynienia z ofertą w pełni odpowiadającą definicji kodeksu cywilnego. Powyższy pogląd znalazł swe potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05, w uzasadnieniu, której Sąd stwierdził dodatkowo, że także informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, są elementem oferty.

W ramach potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ mieści się oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp żądanie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia może być podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast dokonanie takiego potwierdzenia (co miało miejsce w realiach niniejszej sprawy) skutkowało koniecznością uznania oferty za zgodną z postanowieniami specyfikacji.

W tym kontekście za adekwatny należy uznać, przytoczony przez przystępującego wyrok Sąd Okręgowego w Gdańsku z 8 maja 2013 r. w sprawie o sygn. XII Ga 186/13, w którym powołując się na ww. judykat Sądu Najwyższego wskazano, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji.

Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców.

Tym samym nie każde wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji będzie podstawą do odrzucenia oferty. Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności ze specyfikacją niemających istotnego charakteru (por. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zatem możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba przyznała rację przystępującemu i uznała, że brak podania w formularzu ofertowym modelu czy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, jeśli tylko oferta umożliwia dokonanie jednoznacznej jego identyfikacji, w istocie pozwala zamawiającemu na zbadanie zgodności tego przedmiotu zamówienia z postawionymi w SIWZ wymaganiami. W tym kontekście warto przywołać wyrok Izby z 13 lutego 2020 r. o sygn. akt KIO 227/20. W stanie faktycznym ww. sprawy Izba ustaliła, że nie było sporne pomiędzy stronami, że zamawiający wymagał podania producenta i modelu kolektora i zasobnika. Bezsporne było również to, że

w zakresie kolektora przystępujący podał w formularzu ofertowym jedynie producenta oraz wedle wiedzy Izby oznaczenie odnoszące się do powierzchni kolektora 2,52, natomiast nie

podał modelu oferowanego urządzenia. Jednocześnie przystępujący załączył kartę techniczną oferowanego urządzenia. (...) Izba doszła do przekonania, że w ofercie znajduje się zatem tak oznaczenie producenta jak i oznaczenie modelu jednoznacznie określające przedmiot oferty w zakresie kolektora oraz o ściśle wykazanych parametrach. Tym samym

Izba ustaliła, że treść oferty odpowiada treści SIWZ. W ocenie Izby oczekiwanie odwołującego, że obie informacje będą podane w formularzu ofertowym jest oczekiwaniem zgodności formy oferty z formą określoną w SIWZ, natomiast podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może być wyłącznie sytuacja, w której treść oferty nie

odpowiada treści SIWZ. Takiego stanu faktycznego Izba nie ustaliła. (...)

Jak ustaliła Izba zamawiający na podstawie treści oferty przystępującego był w stanie skonkretyzować producenta i model zaś niezgodność oferty była niezgodnością co do formy - miejsca podania informacji, a nie co do treści oferty. Tym samym w ocenie Izby (...) zamawiający prawidłowo poprawił niezgodność co do formy, umieszczając oznaczenie modelu w miejscu do tego przeznaczonym w SIWZ, tj. w formularzu ofertowym.

Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy wskazać należy, że zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania wymagał podania producenta, modelu/typu, numeru katalogowego broni (pistoletu samopowtarzalnego kal. 9x19 mm Parabellum). Bezsporne jest w tym stanie faktycznym również to, że przystępujący w treści wypełnionego załącznika nr 7 nie podał nazwy producenta, wskazując jedynie model oferowanej broni Walter P99 AS. Jednocześnie przystępujący załączył kartę katalogową oferowanej broni.

Jak ustaliła Izba w karcie katalogowej, znalazło się niebudzące wątpliwości oznaczenie producenta i oznaczenie modelu, jednoznacznie określające przedmiot oferty o ściśle wykazanych parametrach (wyszczególnionych w złożonym załączniku nr 7). Tym samym treść oferty odpowiadała treści specyfikacji. Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości na podstawie treści oferty przystępującego był w stanie skonkretyzować producenta i model broni. Dlatego też zamawiający w ocenie Izby prawidłowo poprawił niezgodność co do formy, umieszczając oznaczenie producenta w miejscu do tego przeznaczonym w SIWZ, tj. w załączniku nr 7 do SIWZ, bazując na treści karty katalogowej.

Jak ustaliła Izba złożona przez przystępującego karta katalogowa zawierała także zdjęcia oferowanego pistoletu, na których widoczne były oznaczenia Walther, P99, jak też oznaczenia wskazujące na przystępującego (napis F.B. RADOM POLAND czy też logo przystępującego). Okoliczność ta stanowiła w ocenie sądu orzekającego potwierdzenie argumentacji zamawiającego i przystępującego. Warto przypomnieć, że zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertą kartę katalogową, zawierającą fotografię oraz opis oferowanego wyrobu. Z treści tego postanowienia wynika, że fotografie oferowanego wyrobu miały takie same znaczenie jak jego opis i nie można ich znaczenia bagatelizować. Skoro z zawartych w karcie katalogowej zdjęć udało się ustalić oznaczenie pistoletu, które nawiązuje zarówno do nazwy modelu podanej przez przystępującego w wypełnionym załączniku nr 7 do SIWZ (przez wskazanie oznaczeń Walther i P99) oraz wskazuje producenta podanego w treści karty (przez wskazanie logo i określenie F.B. RADOM POLAND) to jest to okoliczność potwierdzająca stanowisko zamawiającego oraz przystępującego. W związku z tym niezgodność pomiędzy treścią załącznika nr 7 z treścią karty katalogowej w zakresie oznaczenia produktu, tym bardziej należy potraktować jako pewną nieścisłość lub brak konsekwencji w używaniu określeń składających się na opis produktu, a co najwyżej jako niezgodność co do formy - miejsca podania informacji, a nie co do treści oferty.

Należy przy tym wskazać, że podczas oględzin broni złożonej zamawiającemu przez przystępującego dokonanych na rozprawie, pełnomocnik odwołującego zwrócił uwagę na oznaczenie Made in Germany zawarte na pistolecie (dokładnie na jego części składowej tj.

szkielecie), które w jego ocenie miało wskazywać na to, że broń ta jest produkowana przez niemieckiego producenta Carl Walther GmbH. W kontekście tego należy wskazać, że oznaczenie Made in Germany należało traktować jako odnoszące się do części składowej pistoletu, jego komponentu, który jest produkowany przez niemieckiego producenta. Pozostałe oznaczenia zawarte na szkielecie czy też zamku widoczne na zdjęciach zawartych w karcie katalogowej (opisane powyżej) oraz okazanym pistolecie jednoznacznie wskazywały na przystępującego i podany w ofercie model, zatem z samego napisu Made in Germany w kontekście całej sprawy nie można było wyciągnąć wniosku, że przystępujący zaoferował produkt niemieckiego producenta.

Dodatkowo i niezależnie od powyższego należy wskazać, że szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia (treść załącznika nr 7 do SIWZ) zgodnie z treścią SIWZ potwierdzać miał spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w załączniku nr 2 do SIWZ. W związku z tym treść załącznika nr 7 potwierdzać miała spełnienie przez

oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w załączniku nr 2 do SIWZ, a zatem chodziło o wyszczególnione w załączniku nr 7 parametry i wymagania, przepisane z wymagań technicznych opisanych w pkt 5 załącznika nr 2, w stosunku do których wykonawcy potwierdzali ich spełnienie lub brak ich spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia. Tak więc informacje zawarte w treści załącznika nr 7, które stanowiły treść oferty i które nie podlegały uzupełnieniu, a zatem których brak skutkować miałby odrzuceniem oferty należało oceniać przez trybunał i w oparciu o treść (zawartość) załącznika nr 2, do której załącznik nr 7 wprost się odwołuje, która jednak w wymaganiach technicznych nie wspominała o oznaczeniu producenta, modelu/typu pistoletu, czy numeru katalogowego pistoletu. W związku z tym należało przyjąć, że oznaczenie producenta oferowanego pistoletu nie stanowiło w tej sprawie potwierdzenia, iż zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w załączniku nr 2 do SIWZ (w rozumieniu rozdziału VII ust. 2 SIWZ), gdyż załącznik w części dotyczącej wymagań technicznych takich danych nie wspominał i ich nie zawierał.

W dalszej kolejności należy wskazać, że odwołujący starał się wykazać, iż pistolet oznaczony jako Walther P99 produkowany jest wyłącznie przez Carl Walther GmbH i znajduje się tylko w ofercie tego producenta, a tym samym nie występuje w ofercie przystępującego.

W ocenie składu orzekającego przystępujący wskazując na załączone do odwołania dokumenty wykazał niesłuszność argumentacji odwołującego. I tak w artykule panów G.B. i P.S. (Problemy Kryminalistyki 296(2)/2017) zatytułowanym Badanie następstwa wady pistoletu Walther P99 autorzy wskazują przykładowo, że program modernizacji Policji

wdrażany od 2001 r. obejmuje między innymi wymianę służbowej broni krótkiej, a w kolejnych przetargach zwycięża niezmiennie pistolet Walther P99 kal. 9 mm x 19 (produkcji przystępującego). Artykuł odnosi się przy tym do pistoletu Walther P99 (nazwany tak wprost w tytule artykułu i w wielu miejscach w tekście), a zgodnie z listą bibliografii tworząc ten artykuł opierali się na Instrukcji obsługi i użytkowania pistoletu P99 FB Łucznik. Z artykułu tego wynika więc, że obie nazwy (Walther P99 oraz P99) w obrocie i w rozumieniu technicznym używane są zamiennie.

Podobnie w artykule pana H.J. Problemy Kryminalistyki 286/2014 wyraźnie wskazuje się, że pistolet Walther P99 produkowany jest przez Fabrykę Broni „Łucznik” - Radom, cyt. Pistolet

WALTHER P99 kal. 9 mm został skonstruowany i wyprodukowany przez niemiecką firmę WALTHER. Od 2001 r. broń ta znajduje się na wyposażeniu polskiej Policji. Pistolety Walther P99 kal. 9 mm od 2001 roku wytwarzane są w Zakładach Mechanicznych „Łucznik” (obecnie Fabryka Broni ŁUCZNIK” w Radomiu sp. z o.o.).

Podobnie w opinii pana A.I. z 1 czerwca 2020 r. wskazuje się, że producentem pistoletu Walther P-99 jest przystępujący. Co więcej, także i w tym wypadku autor używa zamiennie nazwy Walther P99 oraz P99, gdzie przykładowo na stronie 4 opinii wskazuje: W trakcie mojej wieloletniej pracy na stanowisku instruktora, w jednej z jednostek szkoleniowych Policji, miałem możliwość sprawdzić działanie tego zabezpieczenia w co najmniej kilkuset pistoletach P99. Pistolety Walther P99 pochodziły z różnych serii i lat produkcji.

W opinii pana G.T. z dnia 2 czerwca 2020 r., autor sam nazywa wyrób z numerem katalogowym 362 (tj. takim, jaki znajduje się na karcie katalogowej dla pistoletu P99 produkowanego przez Fabrykę Broni) wyrobem Walther P-99 AS kal. 9x19 mm Para i całą analizę poświęca właśnie pistoletowi Walther P99 AS, przy czym także i on zamiennie używa w dokumencie oznaczenia P99 (akapit 3 na str. 5 opinii).

Tak samo pan M.K. w swojej Analizie zgodności specyfikacji technicznej z dnia 2 czerwca 2020 r. choć nie używa określenia P99, to jednak odnosi się do oznaczenia broni Walther P99 AS nr kat. 362, Parabellum, a zatem bezsprzecznie do numeru katalogowego dla pistoletu P99, a zatem do produktu przystępującego.

Reasumując, wszystkie ww. opinie i artykuły w ocenie składu orzekającego nie mogły stanowić potwierdzenia argumentacji odwołującego.

Ponadto zgodnie z treścią odwołania (petitum oraz str. 10-20 uzasadnienia) wszystkie zarzuty techniczne odwołującego były formalnie adresowane do pistoletu Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH, a zatem zgodnie z treścią odwołania i stanowiskiem odwołującego zarzuty te nie były adresowane do wyrobu produkowanego przez przystępującego, tj. - zgodnie z treścią oferty - do Walther P99 AS, którego producentem jest Fabryka Broni „Łucznik” - Radom.

Cała konstrukcja podstawowych zarzutów odwołania (tj. czynności zamawiającego, od których zostało wniesione odwołanie, zarzutów oraz wniosków odwołania, jak również

uzasadnienia zarzutów podstawowych), opierała się na błędnym twierdzeniu i założeniu, że przedmiotem złożonej przez przystępującego oferty jest pistolet Walther P99 AS niemieckiego producenta Carl Walther GmbH, a jak ustaliła Izba tak nie jest. Także wszystkie dowody załączone do odwołania (opisane powyżej na str. 20-21) odnosiły się do pistoletu Walther P99 AS niemieckiego producenta Carl Walther GmbH. Czyni to przedmiotowy materiał dowodowy całkowicie bezprzedmiotowym w sprawie, skoro - jak już wskazano wyżej - zarzuty techniczne stawiane były wobec innego produktu (broni produkowanej przez Carl Walther GmbH) niż ustalony przez Izbę.

Z tego też względu jakakolwiek polemika z argumentacją odwołującego zawartą na stronie 10-20 uzasadnienia, a dotyczącą technicznych aspektów sprawy nie ma znaczenia, ani podstawy formalnoprawnej, a to za sprawą tego, że wbrew twierdzeniom odwołującego przedmiotem oferty przystępującego w ocenie składu orzekającego był pistolet Walther P99 AS, produkcji przystępującego (co do którego formalnie zarzuty techniczne nie zostały

zaadresowane), a nie pistolet Walther P99 AS, którego producentem jest Carl Walther GmbH, do którego formalnie zostały skierowane wszystkie techniczne zarzuty w sprawie.

Przechodząc do omówienia pozostałych dowodów przedstawionych przez odwołującego, a złożonych na rozprawie, Izba uznała je za nieprzydatne do rozpoznania sprawy. Wydruk informacji z Wikipedii odnoszący się do szyny Picatinny (informacja w języku polskim i

angielskim), notatka zawierająca porównanie szyny Picatinny z szyną Weaver oraz treści normy MIL-STD-1913 odnosiły się do produktu producenta Carl Walther GmbH, zatem podobnie jak dowody załączone do odwołania nie miały znaczenia w kontekście ustalonego przez Izbę stanu sprawy. Decyzja nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji została przedstawiona w wersji

nieaktualnej. Przystępujący na rozprawie wyjaśnił, że złożona przez odwołującego decyzja była nieaktualna oraz złożył aktualną decyzję w powyższym zakresie, która różniła się od

dokumentu złożonego przez odwołującego m. in. liczbą typów i wzorów pistoletów powtarzalnych opisanych w §1. Odwołujący nie kwestionował, że złożona przez niego decyzja była nieaktualna, zatem skład orzekający nie znalazł powodów, aby zakwestionować

argumentację przystępującego odnośnie aktualności złożonego przez odwołującego dokumentu. Ostatni zaprezentowany przez odwołującego dowód dotyczył opinii z dnia 2 czerwca 2020 r. opracowanej przez pana Z.M. biegłego sądowego skarbowego ds. broni i amunicji. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w złożonej opinii zwarty został fragment, który de facto potwierdzał argumentację strony przeciwnej. W opinii wskazano bowiem, że FB Radom w niektórych polskich materiałach reklamowych, instrukcjach obsługi, ofertach, zamieszcza przed , lub za modelem P-99 pistoletu samopowtarzalnego dopisek „WALTHER”. Fragment ten w ocenie składu orzekającego należy traktować jako przyznanie, że nazwy P99 i Walther P99 w stosunku do produktu przystępującego w obrocie na rynku polskim funkcjonują zamiennie, a ich wymienne używanie, szczególnie w kontekście zamawiania dostaw obejmujących analogiczny przedmiot zamówienia jak w przedmiotowym postępowaniu na rzecz zamawiającego, nie stanowi przeszkód do ustalenia o jakiego producenta chodzi. W dalszej części opinii zawarta została informacja, że w oparciu o uzyskaną informację z rejestru internetowego firma Carl Walther z dniem 12 maja 2013, oficjalnie odwołała- cofnęła produkcję lub dalszego wykorzystywania znaku towarowego / logo „WALTHER” (...) Zatem, obecnie używanie i zamieszczanie napisu Walther w jakiegokolwiek materiałach reklamowych , ofertach , przetargach, może wprowadzać w błąd potencjalnych nabywców. Powyższe stwierdzenie Izba uznała za gołosłowne i nieudowodnione. W treści przedmiotowej opinii autor nie przytoczył, ani nie załączył żadnych dowodów potwierdzających poczynione ustalenia. Nie podał nawet nazwy czy też określenia rejestru internetowego na podstawie, którego doszedł do powyższych konstatacji. Ponadto w dalszej części opinii autor stwierdził, że w związku z tym, istnieje uzasadnione podejrzenie bezprawnego wykorzystywania nazwy „Walther” przez FB w Radomiu i należało by wystąpić do FB w Radomiu z wnioskiem ,o przedstawienie podstaw prawnych , umowy uprawniającej do wykorzystania logo lub nazwy „ Walther” w swoich materiałach i ofertach przetargowych, oraz czy na dzień złożenia oferty przetargowej, FB posiadała pisemną zgodę na użycie nazwy „Walther”, co stoi w sprzeczności z informacją o zaprzestaniu produkcji z dnia 12 maja 2023r. Powyższy fragment w ocenie składu orzekającego wskazuje, że ustalenia autora miały charakter przypuszczeń. Ponadto Izba doszła do przekonania, że autor opinii powziął swoją wiedzę wyłącznie na podstawie nieokreślonego rejestru internetowego, a z przytoczonego fragmentu wynika, że nie zapoznał się z dokumentami zawartymi pomiędzy przystępującym, a firmą Carl Walther GmbH, która udzieliła przystępującemu licencji, na podstawie której produkuje oferowany w postępowaniu pistolet.

W związku z powyższym Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez odwołującego. Jeśli chodzi natomiast o dowody złożone przez zamawiającego i

przystępującego to w ocenie składu orzekającego potwierdzały one, że w praktyce i nomenklaturze odnoszącej się nazwy modelu P99 produkowanego przez przystępującego stosowanej u zamawiającego określenie Walther jest stosowane. Wynika to zarówno z wewnętrznej korespondencji prowadzonej u zamawiającego, materiałów opracowanych na potrzeby obsługi technicznego pistoletu lub zmian konstrukcyjnych produktu. Praktyka stosowania nazewnictwa dla pistoletu przystępującego z użyciem nazwy Walther ma istotne znaczenie, ponieważ w samej treści SIWZ w części dotyczącej opisu kryterium „K3 - Kompatybilność” zamawiający przywołał model Walter P99 (argumentacja w tym zakresie

została rozwinięta poniżej w części dotyczącej pierwszej grupy zarzutów ewentualnych).

W tym stanie sprawy w ocenie Izby całokształt argumentacji podniesionej przez odwołującego w ramach tzw. zarzutów podstawowych nie znalazł potwierdzenia faktycznego ani prawnego, a zatem w tym zakresie odwołanie zostało oddalone .

Jeśli chodzi o pierwszą grupę zarzutów ewentualnych odnoszących się do założenia, że przedmiotem oferty jest pistolet P99 AS produkcji przystępującego Izba także doszła do przekonania, iż nie znalazły one potwierdzenia.

W ocenie Izby w tym przypadku skorygowanie omyłki nie dotyczyło zarówno oznaczenia producenta, jak i oznaczenia modelu. Z uwagi na fakt, że kwestia oznaczenia modelu zaofertowanego przedmiotu zamówienia została już przedstawiona powyżej, nie było potrzeby powielania argumentacji dotyczącej zamienności oznaczenia broni przystępującego jako Walther P99 AS lub P99 AS. Izba uznała argumentację przystępującego za zasadną i przyjęła, że użycie przez przystępującego nazwy Walther służyło uwypukleniu licencyjnego charakteru produkowanej broni, co oznaczało, iż w treści oferty przystępującego poprawnie oznaczono wyrób jako Walther P99.

Jak już wcześniej wskazano w tym zakresie kwestia ta została jednoznacznie opisana w karcie katalogowej, która odnosząc się formalnie do wyrobu P99 w praktyce umożliwia oznaczenie wyrobu jako Walther P99. W efekcie zamawiający w sposób prawidłowy poprawił omyłkę w treści oferty przystępującego wpisując w załączniku nr 7: Fabryka Broni „Łucznik” - Radom sp. z o.o., „Walther” P99 AS.

W tym stanie sprawy nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez przyznanie ofercie przystępującego nieprawidłowej ilości punktów w ramach kryterium „K3 - Kompatybilność”.

W tym zakresie skład orzekający za przystępującym uznał, że stanowisko odwołującego było niespójne. Odwołujący z jednej strony przywołał opis kryterium K3, zgodnie z którym dodatkową punktację otrzyma wykonawca oferujący broń znajdującą się aktualnie na wyposażeniu Policji - z uwagi na dążenie zamawiającego do unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadanie zaplecza obsługowo naprawczego, akcesoriów (kabury, ładownice) oraz przeszkolonego personelu w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, z drugiej strony wskazał, że 9 punktów w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert mógłby otrzymać tylko wykonawca, który zaoferuje pistolet o oznaczeniu modelu „Walther P99”, którego producentem jest firma Carl Walther GmbH. Na rozprawie zamawiający i przystępujący wyjaśnili, że Policja nie posiada aktualnie pistoletów produkowanych przez niemieckiego producenta. Izba nie znalazła powodów do kwestionowania takiego stanowiska zamawiającego mimo tego, że nie zostało ono poparte żadnym dowodem, ponieważ z ustalonego powyżej stanu sprawy, przyjętego u zamawiającego sposobu określenia pistoletów oferowanych przez przystępującego oraz dążenia do unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia, która jednoznacznie wynika z treści kryterium należało uznać, że nazwa Walther P99 wskazana w treści kryterium odnosiła się do pistoletu produkcji przystępującego, który znajduje się na wyposażeniu Policji i był jej kilkakrotnie w dużych ilościach, dostarczany w ramach wcześniejszych zamówień. Przy tym należy wskazać, że argumentacja odwołującego wskazująca, że zamawiający nie udowodnił, iż na wyposażeniu Policji nie znajduje się pistolet produkcji Carl Walther GmbH, także pozostała gołosłowna. Zamawiający jako „gospodarz” postępowania jest podmiotem, który powinien mieć najlepszą wiedzę na temat stanu swojego wyposażenia i jego deklaracje czy też oświadczenia w tej kwestii należy traktować jako prawdziwe, szczególnie wobec braku dowodu kwestionującego taką deklarację ze strony przeciwnika procesowego.

Podobnie w ocenie składu orzekającego, potwierdzenia nie znalazł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił w ofercie informację wprowadzającą w błąd co do oznaczenia producenta i modelu oferowanego pistoletu, która to informacja miała istotny wpływ na bezzasadne przyznanie temu wykonawcy 9,00 punktów w ramach kryterium K3.

Zdaniem Izby nie można było uznać, że przystępujący podając w treści załącznika nr 7

nazwę Walther P99 AS doprowadził do spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, skoro złożył kartę katalogową z której wynikało, że jest producentem oferowanego modelu, a z ustaleń poczynionych powyżej wynika, iż nie mogło być wątpliwości co do modelu oferowanej broni jak i jej producenta. Dlatego nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby doszło do wskazania w ofercie pistoletu Walther P99 AS bez intencji jego dostarczenia, gdyż (jak wskazano powyżej), przedmiotem oferty przystępującego był pistolet jego produkcji, oznaczony jako Walther P99 AS.

W związku z powyższym w ocenie Izby żaden z zarzutów zawartych w pierwszej grupie zarzutów ewentualnych nie znalazł potwierdzenia, zatem odwołanie podlegało oddaleniu także w tej części.

Przechodząc do odniesienia się do drugiej grupy zarzutów ewentualnych należy wskazać, że podobnie jak zarzuty podstawowe opierały się one na błędnym założeniu, iż przedmiotem oferty przystępującego był pistolet produkcji Carl Walther GmbH, a zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę tak nie było. W związku z tym nie było konieczności odnoszenia się do zarzutów odwołania, które zarzucają zamawiającemu zaniechanie wpisania w formularzu ofertowym oznaczenia producenta „Carl Walther GmbH” czy zaniechania wezwania przystępującego do przedłożenia karty katalogowej pistoletu Walther P99 AS tego producenta, skoro produkt ten nie był przedmiotem oferty przystępującego.

W związku z tym Izba oddaliła także zarzuty zwarte w drugiej grupie zarzutów ewentualnych.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: