

WYROK

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Marek Bienias

Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. przez wykonawcę „UMO” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie

orzeka:

- 1.odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania,
- 2.umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 8 odwołania,
- 3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
- 4.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „UMO” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa - Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od wykonawcy „UMO” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Centralnego Zarządu Służby Więziennej w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Dostawa 9 mm pistoletu samopowtarzalnego” (znak sprawy: 6/24/PA). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 marca 2024 r. pod nr 163277-2024

Dnia 21 czerwca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca „UMO” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności podjętych i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp poprzez:
 - a)niezgodne z zasadami wskazanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), nieprzejrzyste, niezapewniające zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz

obiektywizmu dokonanie oceny przedmiotowego środka dowodowego (oferowanej przez Odwołującego broni) poprzez przeprowadzenie sprawdzianu cech użytkowych broni z użyciem podpórki nieodpowiedniej do przeprowadzenia testu w zakresie parametru „celność”;

b) zaniechanie powtórzenia czynności oceny przedmiotowego środka dowodowego (oferowanej przez Odwołującego broni) poprzez przeprowadzenie sprawdzianu cech użytkowych broni w zakresie parametru „celność” zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale V ust. 2 SWZ oraz zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 16 pkt 1 i 2 oraz w art. 17 ust. 3 ustawy Pzp;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy treść oferty była zgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w przypadku prawidłowego, zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale V ust. 2 SWZ oraz zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 16 pkt 1 i 2 oraz w art. 17 ust. 3 ustawy Pzp przeprowadzenia sprawdzianu cech użytkowych broni oferowanej przez Odwołującego w zakresie parametru „celność” Odwołujący uzyskałby co najmniej minimalną liczbę punktów w kryterium „celność”;

3.art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez:

a) Wykonawcę VISMAG J.J., ul. Dworska, nr 17, 20-135 Lublin (dalej jako: „VISMAG”),

b) Wykonawcę Works 11 Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice (dalej jako: „WORKS11”),

w sytuacji, gdy wymienieni Wykonawcy wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy, ponieważ treść wadium nie zawiera zobowiązania gwaranta do wypłaty Zamawiającemu kwoty wadium w terminie 30 dni od dnia żądania, które to zobowiązanie Zamawiający zawarł w wymaganiach co do treści wadium wnoszonego w formach innych niż pieniądź;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 4 pkt 4 i 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 594), dalej jako „UKK” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUOS Sp. z o.o. Poznańska 81, 05-850 Bronisze (dalej jako: „BUOS”) oraz zaniechanie wykluczenia BUOS z postępowania w sytuacji, gdy wskazany Wykonawca przynależy do tej samej grupy kapitałowej z Wykonawcą RACEGUN Sp. z o.o., Poznańska 81, 05-850 Bronisze (dalej jako: „RACEGUN”), nie wykazał, że przygotował ofertę niezależnie od RACEGUN;

4A zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 4: naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. art. 4 pkt 4 i 14 UKK poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści JEDZ oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej BUOS Sp. z o.o. Poznańska 81, 05-850 Bronisze w sytuacji, gdy na podstawie informacji z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego BUOS oraz RACEGUN Sp. z o.o., Poznańska 81, 05-850 Bronisze wynikają powiązania osobowe członków zarządu obu Wykonawców, które mogą świadczyć o przynależności obu Wykonawców do tej samej grupy kapitałowej, co mogło skutkować ich wykluczeniem z Postępowania i odrzuceniem tych ofert;

5.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia:

a) oferty VISMAG J.J., ul. Dworska, nr 17, 20-135 Lublin,

b) oferty Works 11 Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice,

c) oferty BUOS Sp. z o.o. Poznańska 81, 05-850 Bronisze

w sytuacji, gdy oferty wymienionych Wykonawców zawierają rażąco niską cenę, a Wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach nie wykazali, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny (złożone wyjaśnienia nie uzasadniły podanych w ofertach cen);

6.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zbrojownia Sp. z o.o., ul. Stawiskowska 32, 18-421 Piątnica Poduchowna (dalej jako: „Zbrojownia”) w sytuacji, gdy cena złożonej oferty jest ceną rażąco niską, ponieważ cena oferty tego Wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania;

6A) zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 6: naruszenie art. 224 ust 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny Wykonawcy Zbrojownia Sp. z o.o., ul. Stawiskowska 32, 18-421 Piątnica Poduchowna w sytuacji, gdy cena oferty tego Wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania;

7.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania VISMAG J.J., ul. Dworska, nr 17, 20-135 Lublin do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - koncesji o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1743) oraz w Rozporządzeniu Rady

Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1888) w sytuacji, gdy zakres koncesji złożonej przez Wykonawcę nie zezwala na wytwarzanie materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, czym Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w Postępowaniu;

8.art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.), dalej jako „UZNK”, poprzez zaniechanie odtajnienia utajnionych informacji zawartych w tabeli załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę BUOS Sp. z o.o. pomimo, że Wykonawca nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosil o:

- 1)uwzględnienie odwołania;
 - 2)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 3)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 4)unieważnienie czynności oceny ofert, w tym unieważnienie czynności oceny oferty Odwołującego w zakresie przedmiotowego środka dowodowego - broni oferowanej przez Odwołującego,
 - 5)unieważnienie czynności oceny przedmiotowego środka dowodowego - przeprowadzenia sprawdzianu cech użytkowych broni oferowanej przez Odwołującego,
 - 6)ponowną ocenę przedmiotowego środka dowodowego - broni oferowanej przez Odwołującego poprzez ponowne przeprowadzenie sprawdzianu cech użytkowych broni oferowanej przez Odwołującego,
 - 7)odrzućenie ofert złożonych przez:
 - a)VISMAG J.J.,
 - b)Works 11 Sp. z o.o.,z powodu wniesienia przez wymienionych Wykonawców wadium w sposób nieprawidłowy;
 - 8)wykluczenie BUOS Sp. z o.o. z Postępowania oraz odrzucenia oferty tego Wykonawcy z powodu przynależności do tej samej grupy kapitałowej z Wykonawcą RACEGUN Sp. z o.o. wobec niewykazania przygotowania ofert niezależnie od siebie;

8A) w zakresie zarzutu ewentualnego - wezwanie BUOS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przynależności do tej samej grupy kapitałowej z RACEGUN Sp. z o.o., Poznańska 81, 05-850 Bronisze;
 - 9)odrzućenie ofert złożonych przez:
 - a)VISMAG J.J.,
 - b)Works 11 Sp. z o.o.,
 - c)BUOS Sp. z o.o.,z powodu rażąco niskich cen zawartych w ofertach wymienionych Wykonawców;
 - 10)odrzućenie oferty Zbrojownia Sp. z o.o., z powodu rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie tego Wykonawcy;

10A) w zakresie zarzutu ewentualnego - wezwanie Zbrojownia Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty;
 - 11)wezwanie VISMAG J.J. do uzupełnienia koncesji zawierającej zezwolenie na wytwarzanie materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym;
 - 12)odtajnienie informacji utajnionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez BUOS sp. z o.o.;
 - 13)na podstawie art. 573 Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
- Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazał on, że interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W wyniku dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnych jego zdaniem z przepisami ustawy Pzp podjętych w Postępowaniu oraz zaniechania czynności w Postępowaniu, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, Odwołujący nie uzyskał zamówienia publicznego, ponieważ:
- 1)złożona przez niego oferta została bezpodstawnie odrzućona,
 - 2)oferty Wykonawców, którzy zaoferowali korzystniejsze ceny brutto ofert nie zostały odrzućone pomimo wystąpienia podstaw do odrzucenia tych ofert wskazanych w odwołaniu.
- Odwołujący wskazał, że w postępowaniu prawie wszyscy Wykonawcy, w tym Odwołujący, zaoferowali w kryterium oceny ofert okres gwarancji wynoszący 108 miesięcy, uzyskując jednakową liczbę 40,00 punktów w tym kryterium. W konsekwencji powyższego decydującym kryterium oceny ofert determinującym ustalenie oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu było kryterium „Ceny brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia”.
- W rankingu ofert oferta Odwołującego znalazłaby się na piątej pozycji przy teoretycznym założeniu, że żadna z ofert nie zostałaby odrzućona. Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę brutto w wysokości 9 431 640,00 zł, a zatem ofertami korzystniejszymi cenowo są oferty Wykonawców:

- 1)VISMAG - 7 178 280,00 zł,
- 2)WORKS11 - 8 521 440,00 zł,
- 3)BUOS - 8 995 974,00 zł,
- 4)Zbrojownia - 9 028 940,46 zł.

Oferty pozostałych Wykonawców będąc ofertami droższymi hipotetycznie uzyskiwałyby mniejszą łączną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta Odwołującego.

W konsekwencji powyższego Odwołujący wskazał, że aby uzyskać zamówienie ma interes we wniesieniu odwołania w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty oraz zdolność podmiotową wymienionych powyżej Wykonawców dokonał czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp lub zaniechał czynności w Postępowaniu, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie.

Odwołanie w zakresie zarzutów nr 3-8 zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 11 czerwca 2024r. - Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym odrzucenia ofert, w tym oferty Odwołującego. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 21 czerwca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale V ust. 2 pkt 9 lit. d, parametr „Celność” pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał, że ocena tego parametru zostanie dokonana w postawie siedzącej z wykorzystaniem podpórki do przystrzeliwania broni. Odwołujący wskazał, że w przypadku przeprowadzenia testów na celność broni powszechnie stosuje się (co jest standardem w tego rodzaju czynnościach różnych zamawiających) podpórkę, przez którą należy rozumieć imadło strzeleckie bądź inne urządzenie pozwalające unieruchomić testowaną broń. Badanie przeprowadzone na takiej podpórce cechuje się dwoma kluczowymi aspektami:

a)przywracaniem układu do ustawienia wyjściowego, które jest bardzo powtarzalne (znosi to możliwość zaistnienia błędów celowania);

b)redukcją błędów uruchamiania urządzenia spustowego (czyli takiego naciskania na język spustowy, które jednocześnie powoduje wytrącenie broni z dotychczasowej linii celowania) oraz eliminuje zaistnienie zjawiska "flinch" czyli mimowolnego i przedwczesnego zaciśnięcia mięśni dłoni w odpowiedzi na odrzut strzału, który jeszcze nie nastąpił.

Odwołujący zauważył, że podczas testu Zamawiający nie zastosował imadła strzeleckiego ani żadnej innej podpórki, którą powszechnie stosuje się przy testach broni na celność lecz wypełnioną prawdopodobnie granulatem poduszkę, która stanowiła zapewnienie pewnego komfortu dla Strzelca lecz nie zapewniała żadnych warunków, które stwarzałyby środowisko do obiektywnego i miarodajnego, równego względem wszystkich testowanych pistoletów badania. Użyty przez Zamawiającego przedmiot nie był przedmiotem, który zdaniem Odwołującego powszechnie stosuje się w tego rodzaju testach. Przeprowadzenie testu z użyciem poduszki, która nie nadawała się do tego rodzaju czynności wypaczyło w ocenie Odwołującego wynik parametru celność uzasadnione jest uznanie konieczności unieważnienia czynności przeprowadzenia sprawdzianu cech użytkowych broni w przypadku parametru „celność” i powtórzenia tego badania, aby przeprowadzić badanie przedmiotowego środka dowodowego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, osiągając obiektywne wyniki badania w tym samym środowisku testowym.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w ust. 8 pkt 5 rozdziału XXI SWZ Informacje dotyczące wadium, Zamawiający wymagał, aby treść gwarancji/poręczeń zawierały bezwarunkowe, nieodwoływane oraz płatne na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu, maksymalnie w terminie 30 dni od dnia żądania, pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący Zamawiający zawarł zatem wyraźny, niebudzący wątpliwości wymóg wskazania w treści dokumentu zobowiązania gwaranta/poręczyciela do zapłaty wadium w terminie, który to termin nie przekroczy terminu wskazanego w wymaganiach merytorycznych SWZ.

Odwołujący zauważył, że wykonawcy VISMAG oraz WORKS11 wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych. W przypadku obu gwarancji gwarantem jest Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie. Z uwagi na tożsamość gwaranta w przypadku zabezpieczenia wadium obu ofert gwarancje zostały sporządzone według podobnego wzoru. Wymaganie, o którym mowa w ust. 8 pkt 5 rozdziału XXI SWZ nie zostało jak wskazał Odwołujący spełnione - obie gwarancje ubezpieczeniowe zawierają elementy wymagane w treści przytoczonego pkt 5 z pominięciem maksymalnego terminu wypłaty wadium. Z żadnego postanowienia gwarancji

ubezpieczeniowych nie wynika, że gwarant zobowiązał się do wypłacenia Zamawiającemu kwoty wadium w terminie nieprzekraczającym 30 dni od dnia żądania. W konsekwencji w ocenie Odwołującego powyższego należy przyjąć, że skoro gwarancja nie zawiera zobowiązania gwaranta w powyższym zakresie, kwota wadium może zostać wypłacona w terminie przekraczającym 30 dni od dnia żądania Zamawiającego, co czyni wniesione wadium niezgodne z merytorycznymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Odwołujący dalej podał, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu UKK złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Zamawiający:

1.w rozdziale X ust. 1 SWZ wymagał złożenia JEDZ jako oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia Wykonawców,

2.w rozdziale XI ust. 7 wymagał złożenia jako podmiotowego środka dowodowego oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu UKK z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Odwołujący wskazał, że wykonawca BUOS wraz z ofertą złożył zarówno JEDZ i oświadczenie wskazujące na brak przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w Postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że z treści informacji pochodzących z odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego BUOS oraz RACEGUN wynika, że Pan T.P.:

1)w spółce BUOS pełni funkcję Członka Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji spółki,

2)w spółce RACEGUN jest jej wspólnikiem posiadającym połowę udziałów oraz pełni funkcję Prezesa Zarządu.

Obie spółki są spółkami powiązanymi osobowo poprzez osobę umocowaną do reprezentacji obu spółek. Powyższe determinuje zdaniem Odwołującego uznanie, że Pan T.P. może wywierać jako członek zarządu umocowany do samodzielnej reprezentacji wpływ zarówno na działalność BUOS oraz działalność RACEGUN, co świadczy o powiązaniach naruszających konkurencję w postępowaniu w sytuacji, gdy obaj wykonawcy złożyli oddzielne oferty. Badanie obu ofert w zakresie informacji zawartych w KRS powinno więc skłonić w ocenie Odwołującego Zamawiającego do weryfikacji, czy złożone oświadczenie JEDZ oraz oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy BUOS zawierają informacje potwierdzające brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego występujące powiązania osobowe świadczą o tym, że pomiędzy BUOS oraz RACEGUN zachodzi relacja, która zakłóciła zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert trzech wykonawców w związku z tym, że ich oferty zawierają rażąco niską cenę Odwołujący wskazał, że VISMAG złożył krótkie i lakoniczne wyjaśnienia, z których nie wynika jakiego rodzaju oszczędności wynikają z okoliczności przytaczanych w ich treści. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści wyjaśnień, co już z racji niezastosowania się do wezwania Zamawiającego w tym zakresie powinno skutkować odrzuceniem oferty. Ze złożonych wyjaśnień niepopartych dowodami nie wynika w ocenie Odwołującego kompletnie nic, co mogłoby pozwolić Zamawiającemu na uznanie, że cena oferty VISMAG jest ceną realną, skalkulowaną prawidłowo i uwzględniającą wszystkie koszty i wymagania zamówienia, które pozwolą na jego należyte wykonanie. Wykonawca nie przedstawił żadnych wyliczeń, a zatem Zamawiający nie ma wiedzy co konkretnie jest uwzględnione w cenie złożonej oferty.

Również odnośnie wyjaśnień złożonych przez WORKS 11 Odwołujący wskazał, że wykonawca ten złożył krótkie i lakoniczne wyjaśnienia, z których nie wynika jakiego rodzaju oszczędności wynikają z okoliczności przytaczanych w ich treści. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści wyjaśnień, co już z racji niezastosowania się do wezwania Zamawiającego w tym zakresie powinno skutkować według Odwołującego odrzuceniem oferty. Wykonawca jak wskazał Odwołujący ograniczył się wyłącznie do wskazania łącznych kosztów pracowniczych i negocjacji handlowych, transportu, kosztów administracyjnych lecz w wyjaśnieniach nie wskazano podstaw przyjęcia tych kwot (przykładowo nie wiadomo dlaczego Wykonawca na transport przewidział kwotę w wysokości 25 000,00 zł a nie przykładowo 40 000,00 zł). Działający z należytą starannością wykonawca zobowiązany był według Odwołującego do przedstawienia w treści wyjaśnień podstaw wskazanych kwot oraz obliczeń, które pozwalałyby Zamawiającemu na samodzielne ustalenie prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez BUOS Odwołujący wskazał, że wykonawca ten złożył krótkie i lakoniczne wyjaśnienia, przede wszystkim powołując się na bycie wyłącznym dystrybutorem firmy HS Produkt. Do wyjaśnień zostało załączone pismo pochodzące od HS Produkt, przy czym z uwagi na obowiązek składania w Postępowaniu dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski dowód ten nie może zostać wzięty pod uwagę. BUOS powołuje się na wielkość dostawy uzasadniając, że duża ilość pistoletów w porównaniu z mniejszymi dostawami wpływa na zmniejszenie kosztów transportu. Tego rodzaju argumentacja mogłaby zdaniem Odwołującego zostać zastosowana przez każdego z wykonawców, którzy prowadzą działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, a zatem nie wskazuje na szczególne okoliczności leżące po stronie wykonawcy, które uzasadniają zaoferowanie ceny na niższym poziomie.

W uzasadnieniu zarzutów nr 6 i 6A Odwołujący wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosi 13 274 998,86 zł (pomniejszona o 30% odpowiada kwocie 9 292 499,20 zł). Cena oferty wykonawcy Zbrojownia wynosi 9 0289 40,46 zł brutto. Wobec tego, że cena oferty wykonawcy Zbrojownia jest ceną niższą o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, a wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską należy uznać, że ziściły się przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Z racji zaniechania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień Odwołujący nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do sposobu kalkulacji ceny i sporządzenia uzasadnienia odnośnie rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając zarzut nr 7 Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w rozdziale IX ust. 1 pkt 2 SWZ w zakresie dotyczącym posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada koncesję, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1743) oraz w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1888).

Odwołujący wskazał, że kwestia dotycząca zasadności żądania uprawnień w zakresie „wytwarzania” wywołała wątpliwości jednego z wykonawców, który skierował do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SWZ. W pytaniu nr 3 jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie „czy wystarczy koncesja dotycząca wyłącznie obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2024 r. udzielił odpowiedzi, iż podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ w tym zakresie. Odpowiedź Zamawiającego oznacza zdaniem Odwołującego, że podtrzymane zostało wymaganie, aby w zakresie koncesji pozostało uprawnienie do „wytwarzania”.

Odwołujący podał, że VISMAG w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył koncesję nr B-031/2013 z dnia 2 maja 2013 r. oraz decyzję nr 2 do tej koncesji, których zakres obejmuje wyłącznie obrót bronią i amunicją oraz obrót wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym. Wykonawca nie dysponuje zatem koncesją w zakresie „wytwarzania”, co skutkuje w ocenie Odwołującego uznaniem, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści dokumentu „Protokół z prac komisji przetargowej w postępowaniu nr 6/24/PA” z dnia 10 czerwca 2024 r. nie wskazał, aby wzywał VISMAG do uzupełnienia koncesji, która odpowiadałaby zakresowi wymaganemu w treści warunku. W konsekwencji powyższego zdaniem Odwołującego należy uznać, że Zamawiający zobowiązany był do wystosowania do Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - koncesji potwierdzającej wymagane w SWZ uprawnienia.

W dniu 9 lipca 2024 r., podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując jednocześnie na to, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i 2 należy uznać za wniesione po terminie.

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

W zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z tym, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym z protokołu nr 5/2024 z dnia 24 kwietnia 2024 r. z przeprowadzenia sprawdzianu broni będącej przedmiotem przedmiotowego przetargu, Odwołujący tego dnia otrzymał komplet informacji dotyczących oceny zaoferowanej przez niego broni. Protokół zawierał ocenę szczegółowych parametrów użytkowych broni, w tym celności. Podczas przeprowadzania sprawdzianu broni obecny był przedstawiciel Odwołującego. Pod metryką cech użytkowych broni Odwołujący podpisując się sporządził adnotację „uwag nie wnoszę”. W rozdziale V pkt 2 ppkt 7 SWZ

Zamawiający wskazał jaka broń zostanie przez niego uznana za niespełniającą wymagań określonych w SWZ. Konsekwencją nie uzyskania ilości punktów wskazanych w tym postanowieniu miało być odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący posiadał w związku z tym informację o tym, że jego oferta zostanie odrzucona już w dniu 24 kwietnia 2024 r. kiedy to nie uzyskał wymaganej ilości punktów w parametrze celność. Zawiadomienie z dnia 11 czerwca 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert stanowiło jedynie pisemne potwierdzenie odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na przebieg sprawdzianu cech użytkowych broni. Zawiadomienie to nie zawierało żadnych nowych informacji, które nie byłyby znane Odwołującemu w dniu 24 kwietnia 2024 r.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów o nr 3-8 podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust.1 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.” W odniesieniu do zarzutu nr 8 odwołania wykonawca podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą oświadczył o jego cofnięciu. Stosując zatem odpowiednio przepis art. 520 ust.1 ustawy Pzp w zakresie tego zarzutu Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący oferta Odwołującego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Jacek Jakubczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VISMAG Jacek Jakubczyk w Lublinie. Odwołujący wniósł zastrzeżenia co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując, że nie otrzymał kopii przystąpienia. Zamawiający nie zgłosił opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VISMAG Jacek Jakubczyk w Lublinie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego z uwagi na niedochowanie terminu zawitego na zgłoszenie przystąpienia.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.” Odnosząc się do formy zgłoszenia przystąpienia wskazania wymaga, że zgłoszenie przystąpienia wnosi się w formie pisemnej bądź w postaci elektronicznej poprzez przekazanie zgłoszenia na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu, co wynika z art. 508 ustawy Pzp: „1. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. 2. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem pośtańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 285).” oraz § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453): „1. Pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu.” Wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu wskazanego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp jest bezskuteczne. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w jednej z ww. postaci. Oznacza to, że zgłoszenie przystąpienia musi dotrzeć do Prezesa Izby w terminie 3 dni od otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania i jest to termin zawity.

Jak Izba ustaliła Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 24 czerwca 2024 r., a zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 27 czerwca 2024 r.

W dniu 2 lipca 2024 r. wpłynęło do Prezesa Izby zgłoszenie przystąpienia wykonawcy J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VISMAG Jacek Jakubczyk nadane w dniu 27 czerwca 2024 r. Wykonawca w treści zgłoszenia

wskazał, że termin 3-dniowy został dochowany.

Odnosząc się do powyższego Izba zauważyła, że w zakresie terminu wskazanego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział skutku doręczenia Prezesowi Izby w dacie nadania zgłoszenia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe, jak w przypadku wniesienia skargi, zgodnie z dyspozycją art. 580 ust. 2 ustawy Pzp (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 12 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1577/13). W konsekwencji, niewątpliwie zgłoszenie przystąpienia, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 2 lipca 2024 r. należało uznać za nieskuteczne z uwagi na niedochowanie terminu wskazanego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, który to termin nie podlega przywróceniu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz dowodu nr 6 złożonego przez Odwołującego na posiedzeniu. Dowody nr 1 - 5 przedłożone przez Odwołującego nie zostały włączone w poczet materiału dowodowego z uwagi na to, że zostały one złożone na potwierdzenie okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu w zakresie zarzutów nr 1 i 2, które podlegały odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi na podstawie art. 132 ustawy Pzp w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Dostawa 9 mm pistoletu samopowtarzalnego”. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu zastosował zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp tzw. „procedurę odwróconą”.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców. Ocenie podlegały oferty 4 wykonawców. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. z uwagi na to, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Próbką pistoletu złożona przez Odwołującego otrzymała podczas sprawdzianu cech użytkowych broni w zakresie parametru „celność” mniej, niż 5 punktów, co zgodnie z rozdziałem V pkt 2 ppkt 7 SWZ stanowi podstawę do odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie wymagań określonych w SWZ.

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VISMAG Jacek Jakubczyk w Lublinie.

Drugą lokatę zajęła oferta złożona przez WORKS 11, zaś trzecią oferta złożona przez BUOS.

Oferta ZBROJOWNI została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (brak funkcjonalności broni określonej w SWZ). Wykonawca ten nie złożył odwołania w zakresie odrzucenia swojej oferty.

Oferta RACEGUN została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp brak funkcjonalności broni określonej w SWZ). Wykonawca ten nie złożył odwołania w zakresie odrzucenia swojej oferty.

Zgodnie z rozdziałem XXI SWZ wymagał wniesienia przez wykonawców wadium w wysokości 160 000 zł VISMAG WORKS 11 wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (forma dopuszczona zgodnie z rozdziałem XXI pkt 2 SWZ). Gwarantem jest Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hesja S.A. z siedzibą w Sopocie. W treści obu gwarancji zawarto następujące oświadczenie:

„Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.”

W rozdziale XXI pkt 8 Zamawiający wskazał, że z treści gwarancji poręczenia powinno wynikać m.in. bezwarunkowe, nieodwołalne oraz płatne na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu, maksymalnie w terminie 30 dni od dnia żądania, pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. Zamawiający przeprowadził sprawdziany broni będącej przedmiotem zamówienia w prowadzonym przez niego postępowaniu. Każdy z wykonawców mógł oddelegować 1 przedstawiciela, który mógł uczestniczyć w przeprowadzanych sprawdzianach. Po dokonaniu sprawdzianu broni każdego z wykonawców spisywany był protokół, do którego załączano metrykę cech użytkowych broni. Dokument ten był podpisywany przez wykonawców. Na dokumencie podpisanym przez Odwołującego zawarta została adnotacja „uwag nie wnoszę”.

W dniu 7 maja 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp skierował do VISMAG, BUOS oraz WORKS 11 wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Skierowane wezwania były ogólne i nie zawierały wskazania, jakie dokładnie elementy powinny zostać wyjaśnione. VISMAG złożył wyjaśnienia 15 maja 2024 r. WORKS 11 złożył wyjaśnienia 16 maja 2024 r. BUOS złożył wyjaśnienia 14 maja 2024 r.

Zamawiający uznał złożone przez wszystkich trzech wykonawców za wystarczające, nie kierując do nich wezwań do wyjaśnienia lub doprecyzowania złożonych wyjaśnień.

W dniu 11 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty VISMAG oraz o odrzuceniu ofert 4 wykonawców, w tym Odwołującego.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając w dniu 21 czerwca 2024 r. odwołanie.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VISMAG Jacek Jakubczyk w Lublinie oraz Works 11 Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy,
- zaniechanie wykluczenia wykonawcy BUOS Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach z postępowania, a następnie odrzucenia złożonej przez niego oferty, ewentualnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień treści JEDZ oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej,
- zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców VISMAG Jacek Jakubczyk w Lublinie, Works 11 Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz BUOS Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach w sytuacji, gdy oferty tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę,
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zbrojownia Sp. z o.o. z siedzibą w Piątnicy Poduchownej, ewentualnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wycięcia ceny,
- zaniechanie wezwania wykonawcy J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VISMAG Jacek Jakubczyk w Lublinie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – koncesji.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Izba wskazuje na utrwalone orzecznictwo Izby, z którego wynika, że wadium musi zabezpieczać ofertę na wypadek zaistnienia przesłanek jego zatrzymania wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, przy czym wadium wniesione w formie gwarancji musi dawać Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. O wadliwości gwarancji przesądza wynikające z niej ryzyko braku możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie ocena treści gwarancji złożonych przez wykonawców VISMAG i Works 11 wraz z ofertą zdaniem Izby prowadzi do wniosku, że gwarancje te nie stwarzają ryzyka odmowy wypłaty wadium przez gwaranta. Z treści obu gwarancji wynika bowiem, że gwarant podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w gwarancji po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie Pzp. Co prawda Zamawiający w treści SWZ umieścił maksymalny termin wypłaty pełnej kwoty wadium, jednak w ocenie Izby należy uznać, że brak tego zapewnienia w treści gwarancji nie powoduje, że cel gwarancji nie zostanie osiągnięty. Nie można w związku z tym uznać, że wykonawcy VISMAG i Works 11 wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 i 4A Izba wskazuje, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawcy BUOS oraz RACEGUN przynależą do tej samej grupy kapitałowej. Odwołujący przynależność tę wywodzi z faktu pełnienia funkcji w zarządach obu spółek przez pana T.P. będącego jednocześnie udziałowcem RACEGUN. Jak słusznie wskazał Odwołujący obie spółki są powiązane osobowo. Nie taka jest jednak definicja grupy kapitałowej. Zgodnie z art. 4 ust. 14 UKK przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Izba wskazuje, że powiązanie osobowe nie jest wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Jak wynika wprost z powołanego przepisu UKK powiązanie musi mieć również charakter kapitałowy, a nie wyłącznie osobowy. To przedsiębiorca, a nie osoba fizyczna ma kontrolować w sposób bezpośredni lub pośredni innego przedsiębiorcę. Mielibyśmy z taką sytuacją do czynienia np. gdyby RACEGUN posiadał udziały w BUOS. Odwołujący nie wykazał, aby np. spółka RACEGUN, w której pan T.P. posiada połowę udziałów zajmowała pozycję dominującą wobec wykonawcy BUOS. Co prawda zarząd reprezentuje spółkę, jednak nie może on tego czynić w oderwaniu od decyzji udziałowców czy akcjonariuszy. Odwołujący zdaniem Izby nie podołał ciężarowi wykazania, że w przypadku wskazanych dwóch wykonawców mamy do czynienia z grupą kapitałową oraz że doszło lub mogło dojść do naruszenia konkurencji, w związku z czym nie było podstaw do wykluczenia tych wykonawców z postępowania i odrzucenia ich ofert, ani też do wzywania ich do wyjaśnień treści JEDZ oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Izba wskazuje, że co prawda ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej termin ten odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej

sytuacji rynkowej i nie pozwalająca przy zachowaniu reguł rynkowych na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym. W przedmiotowej sprawie istotne jest to, że mamy do czynienia z dostawą gotowego produktu. Zauważyć należy, że oferty złożyło 8 wykonawców, przy czym ocenie przez Zamawiającego podlegały 4 oferty. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny 3 wykonawców. W ocenie Izby wszyscy trzej wykonawcy podolali wykazaniu, że są w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. VISMAG wbrew twierdzeniom Odwołującego złożył obszerne wyjaśnienia wskazując na współpracę w zakresie redystrybucji produktów CANIK. Wskazał także na realną cenę detaliczną i hurtową oferowanych przez niego produktów. BUOS również powołał się na możliwe do osiągnięcia przez niego ceny wynikające z jego wieloletnich kontaktów handlowych producentem HS Produkt. W złożonych wyjaśnieniach zawarł kalkulację wskazującą na realność zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia WORKS 11 podobnie jak w przypadku pozostałych wykonawców zawierały odniesienie do długoletniej współpracy z producentem oferowanych przez niego pistoletów AREX. W wyjaśnieniach zawarł informację o kosztach pracowników, transportu, czy dostawy. Wskazał także na uwzględnienie w złożonej ofercie zysku.

Izba wskazuje, że podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w sprawie o sygn. 1040/23. Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na Zamawiającego ciężar dowodowy. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, że wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawców VISMAG, BUOS i WORKS 11 nie będzie możliwe.

Odnosząc się do zarzutów nr 6 i 6A należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp:

„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

(...)”

Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty Zbrojowni określona powyższym przepisem. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, że ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 ustawy Pzp. Przepis ten określa warunki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (polegającego na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej) w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Przepis ten wprowadza również obligatoryjny wymóg wezwania o wyjaśnienia, w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jeśli Zamawiający nie przeprowadzi postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie cena oferty złożonej przez Zbrojownię wynosi 9 028 940,46 zł brutto. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT wynosi 13 274 998,86 zł brutto. Bezsporne w związku z tym jest, że oferta Zbrojowni obejmuje kwotę niższą o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług. Zamawiający w związku z tym powinien był wezwać wykonawcę Zbrojownię do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Byłby zwolniony z tego obowiązku wyłącznie w sytuacji, gdyby rozbieżność w cenie wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Taka sytuacja nie występuje w przedmiotowej sprawie, ponieważ Zamawiający w dokumentacji postępowania (np. w protokole) nie zawarł informacji o odstąpieniu od wezwania Zbrojowni do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że zarzut wskazany pod nr 6A odwołania jest w jej ocenie zasadny. Jednakże, Izba podkreśla, że ze względu na normę zawartą w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą: „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, powyższe uchybienie Zamawiającego wskazane przez Izbę nie mogło wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ Zbrojownia nie złożyła w ustawowym terminie odwołania dotyczącego odrzucenia przez Zamawiającego oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. z uwagi na to, że treść oferty złożonej przez Zbrojownię była niezgodna z warunkami zamówienia (brak funkcjonalności broni określonej w SWZ).

Odnosząc się do zarzutu z nr 7 dotyczącego wymagań określonych w rozdziale IX ust. 1 pkt 2 SWZ w zakresie dotyczącym posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, w którym to postanowieniu Zamawiający określił, że uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada koncesję, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1743) oraz w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1888) Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Odwołującego odnośnie obowiązku Zamawiającego wezwania VISMAG do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – koncesji. Wspomniany art. 7 ust. 1, do którego referuje postawione wymaganie stanowi, że:

„1. Wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie:

- 1) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym,
 - 2) obrotu technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym
- wymaga uzyskania koncesji.”

Jak słusznie zauważył Zamawiający, w dokumentacji postępowania nie określił on wymaganego zakresu uprawnień tzn. czy wykonawca powinien posiadać koncesję na wytwarzanie i obrót materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, czy na samo wytwarzanie lub sam obrót. Akty prawne powołane w SWZ wskazują jedynie na to, kiedy koncesja jest wymagana. Zdaniem Izby odpowiedź udzielona na pytanie wykonawcy, na którą powołuje się Odwołujący nie stanowi potwierdzenia, że Zamawiający wymaga koncesji zarówno w zakresie obrotu, jak i wytwarzania broni. Zamawiający jedynie podtrzymał postanowienia zawarte w SWZ. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wątpliwości w kwestii interpretacji danego warunku udziału w postępowaniu należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, który mógłby ewentualnie zostać obciążony negatywnymi tego konsekwencjami. W związku z tym zdaniem Izby należy uznać, że działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie był on zobowiązany do wzywania wykonawcy VISMAG do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – koncesji.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....