

WYROK
z dnia 18 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2015 r. przez **Reago Group sp. z o.o., ul. Wróbla 57, 02-736 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SILTEC Sp. z o.o., Unitronex Poland Sp. z o.o. ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2661/15 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PIAP, al. Jerozolimskie 20, 202-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2661/15 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. **oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża **Reago Group sp. z o.o., ul. Wróbla 57, 02-736 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Reago Group sp. z o.o., ul. Wróbla 57, 02-736 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa w latach 2016-2018 Inżynierskiego robota wsparcia misji EOD/IED usuwania ładunków i materiałów niebezpiecznych kryptonim BALSA – lekki robot rozpoznawczy (LRR).” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 144-266039.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- a) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- b) wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- c) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POL AND Sp. z o.o., Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów PIAP, IBCOL Polska Sp. z o.o. i zaproszenia tych wykonawców do składania ofert;
- d) zaniechania zaproszenia Odwołującego do składania ofert;
- e) zaniechania unieważnienia niniejszego postępowania;

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na nieposiadanie przez Odwołującego koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r., Nr 145, poz. 1625 ze zm.) w sytuacji, gdy Odwołujący posiadał i złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesję spełniającą wymagania Zamawiającego wyrażone w ogłoszeniu o zamówieniu;

3

-
- b) art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wykładni postanowienia sekcji III.2.1) ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu w sposób dowolny i oderwany od jego brzmienia, a przez to ograniczający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że z ww. postanowienia wynika wymóg posiadania przez wykonawców koncesji wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 1017) w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wytwarzania wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonych w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” do powołanego wyżej rozporządzenia w sytuacji, gdy taki wniosek nie wynika z treści przedmiotowego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, a przyjęcie interpretacji ogłoszenia o zamówieniu proponowanej przez Zamawiającego doprowadziłoby do wprowadzenia wymogów nadmiernych i nieuzasadnionych przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców, stawiając w uprzywilejowanej pozycji wykonawców zagranicznych, którzy na podstawie postanowień ogłoszenia o zamówieniu nie mają obowiązku posiadania koncesji w zakresie wytwarzania jakichkolwiek materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym;
 - c) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o., Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów PIAP, IBCOL Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonych koncesji oraz zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania w sytuacji, gdy ww. wykonawcy nie spełniają warunków udziału w niniejszym postępowaniu, w szczególności nie posiadają wymaganej przez pkt III.2.1) ust. 2 pkt 2 koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją bez ograniczenia;
 - d) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia niniejszego

postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku z sekcji III.2.1) ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, w sposób uniemożliwiający przeprowadzenie niniejszego postępowania

4

z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonywanie przez Zamawiającego dowolnej wykładni tego postanowienia, oderwanej od jakichkolwiek zasad wykładni.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

w razie uwzględnienia zarzutów wskazanych pod lit. a) oraz b): –

- 1) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 - 2) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z niniejszego postępowania;
 - 3) powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu, z uwzględnieniem Odwołującego jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w niniejszym postępowaniu;
- natomiast w razie uwzględnienia zarzutów wskazanych pod lit. c) i d): –
- 1) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 - 2) unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu do składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonawców: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o., Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów PIAP;
 - 3) powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu i wykluczenia z niniejszego postępowania wykonawców: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o., Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów PIAP, tj. wszystkich pozostałych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu;
 - 4) ewentualnie również unieważnienia niniejszego postępowania.

Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocników.

Interes we wniesieniu odwołania dla zarzutów wskazanych pod lit. a) i b), zdaniem Odwołującego, wynika z faktu, że Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z zamiarem złożenia oferty w kolejnym etapie postępowania. Wykluczenie Odwołującego z uwagi na rzekome niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu zamyka Odwołującemu drogę do uczestniczenia w kolejnych etapach postępowania oraz w konsekwencji czyni niemożliwym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Następstwem tych zdarzeń jest powstanie po stronie Odwołującego szkody wyrażającej się w postaci utraconego zysku, który Odwołujący osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia. Odwołujący poniósł również szkodę bezpośrednią w postaci nakładów na przygotowanie i złożenie wniosku o dopuszczenie do

5

udziału w postępowaniu, z którego Odwołujący został zaskarżoną czynnością Zamawiającego wykluczony.

Natomiast dla zarzutów wskazanych pod lit. c) i d) interes we wniesieniu odwołania, w ocenie Odwołującego, polega na doprowadzeniu do ograniczenia kręgu podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez wykluczenie pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadzi do zwiększenia szans uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, posiada on również interes w unieważnieniu niniejszego postępowania, jeżeli w wyniku rozpoznawania zarzutów zostanie stwierdzone występowanie przesłanek do nakazania Zamawiającemu dokonania takiej czynności. W sytuacji, gdy postępowanie niniejsze, z uwagi na błędy popełnione przez Zamawiającego, które mogą doprowadzić do wykluczenia Odwołującego, nie zostanie unieważnione, Odwołujący bezpowrotnie utraci możliwość zawarcia umowy na przedmiot objęty niniejszym

postępowaniem, co spowoduje po stronie Odwołującego powstanie szkody w postaci utraconych korzyści, które osiągnąłby w efekcie wykonywania umowy oraz w postaci szkody bezpośredniej wyrażającej się w kosztach poniesionych na przygotowanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Unieważnienie postępowania nie pozbawi natomiast Odwołującego takiej możliwości, gdyż Zamawiający, w celu udzielenia zamówienia na przedmiot objęty niniejszym postępowaniem, będzie zmuszony do wszczęcia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nieobarczonego wadą, w którym Odwołujący będzie miał możliwość uczestniczyć.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że złożył wniosek o dopuszczenie do ww. postępowania. Pismem z dnia 6 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów w zakresie koncesji złożonej przez Odwołującego. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wskazał na dokonanie przez Zamawiającego błędnej wykładni postanowień ogłoszenia o zamówieniu dotyczących obowiązku posiadania i złożenia koncesji oraz zauważył, że posiadana przez Odwołującego, złożona w niniejszym postępowaniu, koncesja spełnia wymagania ogłoszenia o zamówieniu.

Dalej Odwołujący podał, że dnia 27 listopada 2015 r. Zamawiający przestał Odwołującemu informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu informując, że Odwołujący został wykluczony z postępowania z uwagi na niezłożenie koncesji odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego rzekomo wyrażonym w treści ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wykonawcy: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o., a także wykonawca Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PLAP spełniają, w ocenie Zamawiającego,

6

warunki udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni do składania ofert.

W zakresie zarzut naruszenia przepisów wskazanych pod lit. a) i b) *petitum* odwołania Odwołujący podniósł:

W sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni posiadać i złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesję wydaną na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” - do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe wymaganie zostało sformułowane niejasno. Co więcej, jego interpretacja przyjęta przez Zamawiającego na etapie oceny wniosków nie odpowiada ani regułom poprawnej wykładni literalnej, czy też wykładni celowościowej, jak również prowadzi do powstania wewnętrznej sprzeczności pomiędzy postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę użyte przez Zamawiającego sformułowanie i dobór słów, w ocenie Odwołującego, możliwe są wyłącznie dwie interpretacje ww. postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia:

- a) przyjęcie, że ustala ono zakres koncesji wymaganej od wykonawców, a zakres ten obejmuje wytwarzanie i obrót bronią i amunicją, materiałami wybuchowymi (bez ograniczeń) oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym z określonych przez Zamawiającego pozycji z Załącznika nr 2 do rozporządzenia;
- b) przyjęcie, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający ustalił jedyne rodzaj koncesji, jaki jest wymagany od wykonawców, bez wskazywania wprost jej zakresu, a zakres ten powinien być wyznaczony przedmiotem zamówienia.

Zastosowanie pierwszej z przedstawionych interpretacji, w opinii Odwołującego, prowadziłoby do uznania, że Zamawiający postawił przez wykonawcami niemożliwe do spełnienia i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia warunki.

Natomiast, przy przyjęciu, że postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wyznaczają nie tylko rodzaj, ale również zakres wymaganej od wykonawców koncesji uznać w konsekwencji należałoby, zdaniem Odwołującego, że od wykonawców

7

wymaga się koncesji w zakresie:

- a) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi (bez ograniczeń co do ich rodzaju),
- b) wytwarzania i obrotu bronią (bez ograniczeń co do jej rodzaju),
- c) wytwarzania i obrotu amunicją (bez ograniczeń co do jej rodzaju),
- d) wytwarzania i obrotu wyborami o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” - do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja.

Odwołujący podkreślił, że powołany w ogłoszeniu załącznik nr 2 do rozporządzenia, zgodnie z jego tytułem i treścią, wymienia jedynie wyroby i technologie o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, a nie zawiera wykazu broni i amunicji (ten jest zawarty w załączniku nr 1), ani materiałów wybuchowych, które nie podlegają szczegółowemu wymienieniu w żadnym akcie prawnym. Przy przyjęciu więc, że Zamawiający chciał określić w ogłoszeniu wymagany zakres koncesji, wskazanie wprost, że wymagana jest koncesja w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją bez jakiegokolwiek uszczegółowienia prowadzi do wniosku, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający wymaga od wykonawców koncesji na wytwarzanie i obrót każdym rodzajem materiałów wybuchowych, broni i amunicji.

W ocenie Odwołującego, gdyby Zamawiający nie wymagał koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, powinien w ogóle nie wspominać o tych wyrobach formułując ww. wymaganie. Zamawiający nie może więc obecnie, zdaniem Odwołującego, dokonywać wybiórczej interpretacji i twierdzić, że jego celem było wymaganie koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami o charakterze wojskowym z załącznika nr 2, chociaż w treści ogłoszenia wskazał wprost, obok wytwarzania tych wyrobów, również wytwarzanie broni, amunicji i materiałów wybuchowych.

Odwołujący zauważył, że taka interpretacja postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, jako ustalającego zakres wymaganej koncesji, nie została zastosowana przez żadnego z uczestników postępowania. Nie kierowali się nią ani inni wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani Zamawiający przy dokonywaniu oceny tych wniosków.

Odwołujący podniósł nadto, że żaden z biorących udział w postępowaniu wykonawców nie posiada bowiem koncesji spełniającej tak interpretowane wymagania Zamawiającego, a co za tym idzie żaden z wykonawców nie złożył takiej koncesji.

8

Co więcej, jak zauważył Odwołujący, sam Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy złożyli wnioski pomimo faktu, że posiadane i przedłożone przez nich koncesje nie są zgodne z brzmieniem ww. postanowienia rozumianego jako wyznaczającego zakres koncesji (a więc zgodnie z pierwszą ze wskazanych wyżej interpretacji).

Zdaniem Odwołującego, stało się tak dlatego, że tak rozumiane wymaganie Zamawiającego byłoby sprzeczne z wykładnią celowością całości ogłoszenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że zakresem niniejszego postępowania nie jest objęte bowiem jakiegokolwiek broni lub czy wyprodukowanie (wytwarzanie) amunicji materiałów wybuchowych. Przedmiotem zamówienia nie jest również wyprodukowanie (wytwarzanie) jakichkolwiek wyrobów o charakterze wojskowym. Przedmiotem zamówienia jest jedynie dostawa sprzętu oznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu - lekkich robotów rozpoznawczych.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży,

dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Jak zauważył Odwołujący, w zakres dostaw nie wchodzi w szczególności wytworzenie towarów objętych zamówieniem publicznym. Wykonawca może więc nabyć towar od producenta i odsprzedać go Zamawiającemu, ale sam nie musi być jego producentem. Przy takim ustaleniu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego jest jasne, zdaniem Odwołującego, że wystarczająca do wykonania przedmiotu zamówienia jest koncesja obejmująca obrót sprzętem stanowiącym przedmiot zamówienia, tzn. koncesja na obrót wyrobami o charakterze wojskowym.

W ocenie Odwołującego, swoimi działaniami Zamawiający potwierdził więc, że w wymaganiu określonym w postanowieniu sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu określił jedynie rodzaj wymaganej koncesji a nie jej zakres. Zakres koncesji miał być wyznaczony zgodnie z kryteriami uzasadnionymi właściwościami przedmiotu zamówienia, a nie postanowieniem sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.

Zdaniem Odwołującego, dobitnym dowodem na takie rozumienie wymagania określonego w postanowieniu sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu jest brzmienie postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzające wymagania co do koncesji składanych przez wykonawców zagranicznych. W ocenie Odwołującego, postanowienie sekcji III.2.1. ust. 2 pkt 2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu stanowi doprecyzowanie wymogu złożenia koncesji w odniesieniu do podmiotów zagranicznych i wynika z niego, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast koncesji składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma miejsce zamieszkania lub siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z

9

przedmiotem zamówienia.

Wprowadzając tak sformułowane wymaganie dla podmiotów zagranicznych, zdaniem Odwołującego, Zamawiający potwierdził, że wymaga jedynie takiego zakresu uprawnień, który jest konieczny do wykonania przedmiotu zamówienia, czyli dostawy robotów. Analogiczne wymaganie należy odnieść, w opinii Odwołującego, do podmiotów polskich biorących udział w postępowaniu. Przy przyjęciu innej interpretacji i obciążeniu podmiotów polskich innymi wymaganiami co do zakresu posiadanych uprawnień do wykonywania działalności (koncesji), w ocenie Odwołującego, postępowanie byłoby obciążone istotną wadą polegającą na dyskryminacji wykonawców polskich z uwagi na ich miejsce zamieszkania lub siedziby, co wprost narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia został opisany w co najmniej trzech miejscach ogłoszenia o zamówieniu:

- sekcji II. 1.1 „Nazwa nadana zamówieniu przez instytucję/podmiot zamawiający”, gdzie wskazano nazwę *„Dostawa w latach 2016-2018 Inżynieryjnego robotu wsparcia misji EOD/IED usuwania ładunków i materiałów niebezpiecznych kryptonim BALSA - Lekki robot rozpoznawczy (LRR)”*.
- sekcji II. 1.5 „Krótki opis zamówienia lub zakupu”, gdzie wskazano *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa w latach 2016-2018 Inżynieryjnych robotów wsparcia misji EOD/IED usuwania ładunków i materiałów niebezpiecznych kryptonim BALSA - Lekkich robotów rozpoznawczych (LRR) w ilości 53 kpl., w tym w latach odpowiednio 1 (jeden), 26 (dwadzieścia sześć) i 26 (dwadzieścia sześć) kpl.”*
- krótkim opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do ogłoszenia o zamówieniu - w załączniku tym nie ma żadnych informacji wskazujących na konieczność wytworzenia robota czy wykonania na nim jakichkolwiek innych czynności, które mogłyby zostać zakwalifikowane jako wytwarzanie materiałów wybuchowych, broni, amunicji lub wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

W ocenie Odwołującego, nie ulega zatem wątpliwości, że przedmiotem zamówienia jest jedynie dostawa sprzętu oznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu - lekkich robotów rozpoznawczych.

Odwołujący podkreślił, że nieracjonalne byłoby przyjmowanie, że Zamawiający postawił w stosunku do podmiotów mających siedzibę za granicą niższe wymagania co do posiadanej przez nich koncesji niż w odniesieniu do podmiotów krajowych. Standardy wymagań w odniesieniu do obu podmiotów muszą być uznane za równe. Z uwagi na powyższe sekcja III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, zdaniem Odwołującego, musi być odczytywana razem z wymaganiem wyrażonym w lit. a) tego postanowienia,

potwierdza wniosek, że pisząc o koncesji w zakresie „wytworzenia i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym” szczegółowo wymienionymi w tym postanowieniu, Zamawiający miał na myśli jedynie rodzajowe określenie wymaganej koncesji. Wytwarzanie jakichkolwiek materiałów wybuchowych, broni i amunicji ani wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym nie ma bowiem najmniejszego związku z przedmiotem niniejszego zamówienia, czemu Zamawiający dał wyraz nie wykluczając wykonawców nieposiadających koncesji w zakresie wytwarzania broni, amunicji oraz materiałów wybuchowych.

Za taką interpretacją postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, zdaniem Odwołującego, przemawia również sama jego konstrukcja w związku z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Wymaganie wskazane w sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu stanowi bowiem dosłowne przeniesienie ww. przepisu, który wskazuje, że wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wymaga uzyskania koncesji.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności w treści dokumentów przygotowywanych przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Innymi słowy, to zamawiający ponosi ryzyko niejasnego sformułowania treści ogłoszenia o zamówieniu i przy wadliwym jego sformułowaniu nie może następnie powoływać się na swoją intencję przy formułowaniu danego postanowienia, niewyrażoną wprost w treści tego dokumentu. Powyższe, jak pisał Odwołujący, znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 15 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14; w wyroku KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 605/14; w wyroku KIO z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 197/09.

Odwołując podniósł, że pomimo możliwości sformułowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu w sposób jednoznaczny i precyzyjny, w szczególności poprzez dokładne sprecyzowanie zakresu wymaganej koncesji, Zamawiający tego nie uczynił, pozostając przy ogólnym sformułowaniu ustawowym wskazującym tylko na rodzaj koncesji.

Wyżej wymienione postanowienie ogłoszenia o zamówieniu, w konsekwencji jego niejasnego sformułowania, zdaniem Odwołującego, musi więc być wykładane w sposób uwzględniający przedmiot zamówienia, jak również w sposób zapewniający poszanowanie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Konsekwencją zastosowania się do tych wytycznych jest przyjęcie, że koncesją wystarczającą do należytego wykonania zamówienia jest koncesja obejmująca jedynie obrót wyrobami o przeznaczeniu o wojskowym i policyjnym, określonymi w

załączniku nr 2 do rozporządzenia i wymienionymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

Prawidłowe i sprawiedliwe zastosowanie takiej wykładni do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu powinno doprowadzić Zamawiającego do dopuszczenia do udziału w postępowaniu również Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że oceniając wnioski wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu, Zamawiający jednoznacznie dał wyraz przekonaniu, że postanowienie sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu nie wyznaczało w jego intencji zakresu, a jedynie rodzaj wymaganej koncesji. Zamawiający w toku oceny wniosków nie obstawał przy wymaganiu, aby wykonawcy posiadali koncesję w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją. I tak, Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PIAP, którego koncesja:

- nie obejmuje wytwarzania materiałów wybuchowych w jakimkolwiek zakresie;
- nie obejmuje obrotu materiałami wybuchowymi w jakimkolwiek zakresie;
- nie obejmuje wytwarzania broni i amunicji w jakimkolwiek zakresie;
- nie obejmuje obrotu wszelką bronią i amunicją - koncesja dopuszcza jedynie obrót bronią i amunicją wymienioną enumeratywnie w koncesji, która jednak nie wyczerpuje maksymalnego, możliwego do objęcia koncesją zakresu.

Zamawiający dopuścił również do udziału w postępowaniu wykonawcę, konsorcjum firm: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o., których koncesje, rozpatrywane łącznie nie obejmują wytwarzania materiałów wybuchowych - koncesje zezwalają jedynie na obrót tymi materiałami.

Dokonana przez Zamawiającego ocena ww. koncesji, w opinii Odwołującego, stanowi więc kolejne potwierdzenie, że postanowienie sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu nie może być interpretowane jako wyznaczające zakres koncesji wymaganej od wykonawców a jedynie jej rodzaj.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powinien jednak stosować tę prawidłową wykładnię postanowień ogłoszenia o zamówieniu w sposób konsekwentny i z tych samych przyczyn uznać, że nie jest wymagana koncesja w zakresie wytwarzania wyrobów o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym. Wykluczając z postępowania Odwołującego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający postąpił w sposób całkowicie dowolny i niekonsekwentny, w związku z czym naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z tym czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania powinna zostać unieważniona wraz z poprzedzającą ją czynnością oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów wskazanych pod lit. c) i d) *petitum* odwołania, Odwołujący podniósł:

12

Konsekwencją odmowy racji zarzutom zgłoszonym przez Odwołującego powyżej powinna być konstatacja, że Zamawiający wymagał od wykonawców zgłaszających udział w postępowaniu koncesji w zakresie dokładnie odpowiadającym zakresowi wskazanemu w sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Takie podejście musi być jednak stosowane identycznie względem wszystkich wykonawców, czego wymaga obowiązek poszanowania zasad równego traktowania wykonawców. Przeprowadzenie oceny musi prowadzić do wykluczenia z postępowania, jako niespełniających warunków udziału w postępowaniu, wszystkich wykonawców, którzy nie posiadają koncesji co do wszystkich poniżej wymienionych czynności:

- a) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi (bez ograniczeń co do ich rodzaju),
- b) wytwarzania i obrotu bronią (bez ograniczeń co do jej rodzaju),
- c) wytwarzania i obrotu amunicją (bez ograniczeń co do jej rodzaju),
- d) wytwarzania i obrotu wyborami o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 do rozporządzenia.

Odwołujący podniósł, że analiza koncesji złożonych przez pozostałych wykonawców prowadzi do wniosku, że żaden z nich nie legitymuje się koncesją w pełnym ww. zakresie. Żaden z wykonawców nie posiada koncesji na wytwarzanie materiałów wybuchowych - tylko niektórzy z wykonawców posiadają ją w zakresie obrotu tymi materiałami. Wszyscy pozostali wykonawcy powinni więc zostać wykluczeni z postępowania, ewentualnie wezwani do uzupełnienia koncesji i wykluczeni w razie niezłożenia koncesji spełniającej wszystkie ww. wymagania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zaniechanie przez Zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawców nieposiadających koncesji w pełnym ww. zakresie, pomimo wykluczenia z tego powodu Odwołującego, doprowadziło do rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonywanie dowolnej wykładni postanowień ogłoszenia o zamówieniu i zaniechania wykluczenia wszystkich wykonawców niespełniających warunków udziału w tym postępowaniu. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które nie posiadają koncesji w pełnym zakresie wynikającym z brzmienia postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, pomimo przyjęcia przez Zamawiającego, że w ogłoszeniu o zamówieniu oznaczono zakres koncesji, prowadzi do sytuacji, że Zamawiający w odniesieniu do poszczególnych wykonawców stosuje odmienne warunki, a przez to w sposób niedozwolony wpływa na krąg podmiotów ubiegających się o udział w postępowaniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2384/13, „*swobodna interpretacja regulacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ dokonywana przez zamawiającego, nieznana*

13

wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywanie oceny spełnienia warunków w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty". Z takim rodzajem interpretacji, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdyż Zamawiający w sposób oczywisty „wybiera” te elementy wymagania określonego w sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, które pozwolą mu na wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego, a jednocześnie pozwolą na zaniechanie wykluczenia pozostałych wykonawców, przez pomimo oczywistej wadliwości proponowanej Zamawiającego interpretacji ww. postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

wada będąca przez Powyższa postępowania, konsekwencją wymuszania Zamawiającego wybiórczej i błędnej interpretacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu, może skutkować jego unieważnieniem, gdyż w sposób zasadniczy wpływa na konkurencję w niniejszym postępowaniu. Prowadzi bowiem do sytuacji, w której wszystkie podmioty, które złożyły wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinny zostać z niego wykluczone. Ponadto, Zamawiający działa, zdaniem Odwołującego, z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, gdyż w odniesieniu do poszczególnych wykonawców odmiennie stosuje postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do Odwołującego Zamawiający przyjmuje bowiem, że postanowienie sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu ustala nie tylko rodzaj, ale i zakres koncesji wymaganej od wykonawcy, a w odniesieniu do pozostałych wykonawców pomija niektóre z wyrażonych tam wymagań co do jej zakresu.

Jak podał Odwołujący, pogląd, że naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców stanowi podstawę do unieważnienia postępowania znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 17 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 167/10.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie zachodzą więc dwie podstawy unieważnienia postępowania w razie przyjęcia interpretacji, że postanowienie sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wyznacza nie tylko rodzaj, ale i zakres koncesji wymaganej od wykonawców:

- 1) wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegaliby wykluczeniu, gdyż żaden z nich nie posiada koncesji w wymaganym przez Zamawiającego zakresie - art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;
- 2) wybiórcze i odmiennie stosowanie względem poszczególnych wykonawców tych samych postanowień ogłoszenia o zamówieniu doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, co spowodowało powstanie w niniejszym postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

14

Stosowanie przez Zamawiającego wybiórczej wykładni postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, w ramach której Zamawiający pomija wprost wyrażone w treści ww. postanowienia wymagania co do posiadania przez wykonawców koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją, jest w ocenie Odwołującego, efektem niestaranności Zamawiającego przy przygotowywaniu ogłoszenia o zamówieniu i formułowaniu wymagania co do posiadania przez wykonawców uprawnienia do wykonywania działalności. Na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający najpewniej spostrzegł, że przy przyjęciu, że ogłoszeniu określono zakres wymaganej koncesji, poleganie na dosłownym brzmieniu postanowienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 doprowadziłoby do wykluczenia wszystkich wykonawców zgłaszających udział w postępowaniu i w celu uniknięcia tego skutku dokonał całkowicie dowolnej i wybiórczej wykładni ogłoszenia o zamówieniu. W ramach tej wykładni Zamawiający naruszając przepisy ustawy Pzp i zasadę równego traktowania wykonawców dobrał te elementy brzmienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, które zapewniały dalsze prowadzenie postępowania oraz wykluczenie Odwołującego.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że sposób sformułowania brzmienia sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu doprowadził również do ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom potencjalnie zainteresowanym uzyskaniem zamówienia złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział zaproszenie do składania ofert nie więcej niż 5

wykonawców, wprowadzając zasady prekwalfikacji w przypadku złożenia wniosków przez większą ilość wykonawców. Ostatecznie wnioski złożyło 4 wykonawców, co pozwala przypuszczać, że inne podmioty zainteresowane zamówieniem, z uwagi na niejasno i nadmiernie sformułowane wymaganie sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, odstąpiły od zamiaru złożenia wniosków. Aktualnie prezentowana przez Zamawiającego wykładnia tego postanowienia jest natomiast oderwana od brzmienia ogłoszenia o zamówieniu. Taka zmiana stanowiska Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy, którzy zrezygnowali ze złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwagi na brzmienie ww. postanowienia ostatecznie mogliby zostać dopuszczeni do udziału w nim na podstawie wykładni zaprezentowanej przez Odwołującego. Zachowanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, stanowi niedozwolone wpływanie na konkurencję w niniejszym postępowaniu, naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 21 września 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, „do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, złożonych wraz z „Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w

15

trybie przetargu ograniczonego”, zwanym dalej „wnioskiem”, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, określonej w sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 1 ogłoszenia.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia aktualnej koncesji wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 107) w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT” – do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r. nr 145, poz. 1625 z późn. zm.): (sekcja III.2.1, ust. 2 pkt 2 ogłoszenia).

Wykonawca złożył koncesję jedynie na obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz obrotu technologią w pozycjach określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy złożona koncesja jest właściwa i kompletna na dzień składania wniosków.”

Pismem z dnia 2 października 2015 r. Odwołujący podał: „w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, czy złożona koncesja jest właściwa i kompletna na dzień składania wniosków, wyjaśniam, że koncesja załączona do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest właściwa i kompletna na dzień składania wniosków, a co za tym idzie jest wystarczająca do wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

W sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 ogłoszenia Zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni posiadać i złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesję wydaną na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym

16

lub policyjnym – WT” – do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w

sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. Tym samym Zamawiający wymaga złożenia koncesji rodzajowo określonej w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 roku o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie ww. sprzętem. W szczególności nie jest konieczna koncesja w zakresie wytwarzania materiałów wybuchowych, broni, amunicji bez jakichkolwiek ograniczeń.

Oczywistym jest, że intencją Zamawiającego nie mogło być sformułowanie wymagań wewnętrznie sprzecznych (jak w pkt. 1 powyżej) czy wykraczających poza potrzeby Zamawiającego i tym samym ograniczających konkurencję (jak w pkt. 2 powyżej). Postanowienie sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 musi więc być odczytywane w sposób wskazany na wstępie niniejszych wyjaśnień, tj. jako postanowienie określające wyłącznie rodzaj koncesji którą powinien dysponować wykonawca – czyli rodzaj określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Zakres tej koncesji jest natomiast podyktowany zakresem zamówienia. Przedmiotem zamówienia objętego niniejszym postępowaniem jest wyłącznie dostawa sprzętu, bez konieczności jego wytworzenia, dlatego wystarczająca do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest koncesja na obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym wykazanymi w wybranych przez Zamawiającego pozycjach załącznika nr 2 do przytoczonego rozporządzenia. Koncesja w tym zakresie została załączona do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca wykazał więc spełnianie tego warunku. Natomiast producent, od którego Wykonawca zakupił sprzęt będący przedmiotem zamówienia, czyli spółka Roboteam Ltd., posiada w państwie swojej siedziby odpowiednie koncesje i zezwolenia na wytwarzanie sprzętu będącego przedmiotem zamówienia. Nie musi natomiast posiadać takich koncesji Wykonawca, gdyż jak już wskazano wcześniej, przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest wytworzenie sprzętu, a jedynie jego dostawa. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że gdyby przyjąć, wbrew brzmieniu ogłoszenia o zamówieniu, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udział w niniejszym postępowaniu posiadali koncesję nie tylko na obrót, ale również na wytwarzanie materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym to takie wymaganie należałoby uznać za nadmierne, ograniczające konkurencję i naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Doszłoby bowiem do sytuacji, w której w postępowaniu mogą uczestniczyć jedynie wykonawcy będący jednocześnie producentami sprzętu wojskowego i to w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia nie jest wytworzenie zamawianego sprzętu, ale jedynie jego dostawa. Takie ograniczenie konkurencji nie miałoby podstaw w przepisach postępowania jak i nie znajdowałoby uzasadnienia w interesie

17

Zamawiającego. Tym samym stosowanie do udziału wykonawców w niniejszym postępowaniu takiego rozumienia treści ogłoszenia o zamówieniu prowadziłoby do obarczenia niniejszego postępowania niedającą się usunąć wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, powodującą konieczność unieważnienia postępowania.”

Wobec powyższego Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego „do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, określonego w sekcji III.2.1 ogłoszenia (...)”

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że „na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał, zgodnie z treścią sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia, złożenia aktualnej koncesji wydanej na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 Załącznika nr 2.

Wykonawca na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku załączył, na str. 25 dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kopię Koncesji Nr B-043/2014 z dnia 16.06.2014 r. wraz z Decyzją nr 2 do koncesji Nr B-043/2014 z dnia 25.05.2015 r. potwierdzającą jedynie wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym i obrotu technologią o takim przeznaczeniu określonymi w pozycjach: WT II – WT XIV

W odpowiedzi (pismo z dnia 9 października 2015 r.) Odwołujący wskazał, „że wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 października 2015 roku jest bezpodstawne z przyczyn wskazanych poniżej.

Wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach dotyczących posiadanych koncesji zawartych w piśmie z dnia 2 października 2015 roku. W sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 ogłoszenia. Zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni posiadać i złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesję wydaną na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub

policyjnym – WT” – do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja.

Sformułowanie „w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym” stanowi przytoczenie bez jakichkolwiek zmian postanowień art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (dalej „Ustawa”). Jednocześnie oczywistym jest, że przedmiotem niniejszego postępowania nie jest wytwarzanie jakichkolwiek wyrobów, w tym w szczególności broni, amunicji czy materiałów wybuchowych. Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienia, będzie zobowiązany jedynie do dostarczenia, a więc sprzedaży sprzętu na rzecz Zamawiającego. Niedorzeczne więc byłoby dokonywanie literalnej wykładni ww. postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, gdyż prowadziłoby do niemożliwych do zaakceptowania wniosków.

Tym samym konieczne jest zastosowanie wykładni celowościowej ww. postanowienia i przyjęcie, że Zamawiający wymaga złożenia koncesji jedynie rodzajowo określonej w art. 6 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Wymaganie z ogłoszenia stanowi bowiem dosłowne przeniesienie ww. przepisu, który wskazuje, że wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wymaga uzyskania koncesji. W ogłoszeniu określono tylko rodzaj koncesji, jaką powinien posiadać wykonawca ubiegający się o udział w niniejszym postępowaniu. Z treści sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu nie można natomiast wywodzić zakresu tej koncesji.

Uznanie, że ww. postanowienie ogłoszenia o zamówieniu wprowadza wymogi co do zakresu koncesji prowadziłoby zresztą do stwierdzenia, iż Zamawiający postanowił przed wykonawcami niemożliwe do spełnienia warunki. Przy takiej interpretacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu przyjąć należałoby bowiem, że wykonawcom stawia się następujące wymagania:

- 1) Posiadania koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT” – do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja – z wymogu tego wynikałoby, że Zamawiający wymaga od

do rozporządzenia, zgodnie z jego tytułem i treścią, wymienia jedynie wyroby i technologie o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, a nie zawiera wykazu broni i amunicji (ten jest zawarty w załączniku nr 1), ani materiałów wybuchowych. Wymaganie od wykonawcy posiadania koncesji na wytwarzanie i obrót wszystkimi materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje jedynie niektóre wyroby o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym byłoby niezrozumiałe i nadmierne.

- 2) Posiadania koncesji w zakresie wytwarzania ww. przedmiotów – wymóg co do posiadania przez wykonawcę koncesji w zakresie wytwarzania materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym byłby nielogiczny, gdyż zakresem niniejszego postępowania nie jest objęte wyprodukowanie sprzętu objętego zamówieniem, ani wykonywanie na tym sprzęcie jakichkolwiek innych czynności, które mogłyby zostać potraktowane jako „wytwarzanie” materiałów wybuchowych, broni, amunicji czy wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Przedmiotem zamówienia jest jedynie dostawa sprzętu oznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2 p.z.p., przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. W zakres dostaw nie wchodzi w szczególności wytworzenie towarów objętych zamówieniem publicznym. Wykonawca może więc nabyć towar od producenta i odsprzedać go Zamawiającemu, ale sam nie musi być jego producentem. Przy takim ustaleniu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego jest jasne, że wystarczającą do wykonania przedmiotu zamówienia jest koncesja obejmująca obrót ww. sprzętem. W szczególności nie jest konieczna koncesja w zakresie wytwarzania materiałów wybuchowych, broni, amunicji bez jakichkolwiek ograniczeń.

Treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 października 2015 roku wskazywałaby jednak, że Zamawiający nie podziela ww. interpretacji. Z wezwania wynika, że aktualnie Zamawiający stoi na stanowisku, iż postanowienie sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 należy interpretować literalnie. Konsekwencją takiej literalnej interpretacji musi być jednak przyjęcie, że Zamawiający w sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 wymagał, aby wykonawcy posiadali koncesję w zakresie:

- a) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi (bez ograniczeń co do ich rodzaju),
- b) wytwarzania i obrotu bronią (bez ograniczeń co do jej rodzaju),

20

-
- c) wytwarzania i obrotu amunicją (bez ograniczeń co do jej rodzaju),
 - d) wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 do rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę sformułowanie postanowienia sekcji III.2.1, ust. 2 i wyrażoną przez Zamawiającego wolę dosłownego interpretowania tych postanowień, nie można pominąć, tak jak to czyni Zamawiający, że w jego treści znalazły się wymagania co do objęcia wymaganym zakresem koncesji również wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją i to bez jakichkolwiek ograniczeń co do rodzajów tych przedmiotów. Ograniczenie wymaganego zakresu koncesji do pozycji wskazanych w załączniku nr 2 do rozporządzenia dotyczyło jedynie wyrobów o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym, bo tylko ten rodzaj wyrobów jest uwzględniony w załączniku nr 2. Interpretacja Zamawiającego pomija tę okoliczność.

Konsekwencją prezentowanej przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 6 października 2015 roku (a w ocenie Wykonawcy mylnej) interpretacji powinno być dokonanie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z dosłownym brzmieniem postanowień sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców. Przeprowadzenie takiej oceny musi prowadzić do wykluczenia z postępowania, jako niespełniających warunków udziału w postępowaniu, wszystkich wykonawców, którzy nie posiadają koncesji co do wszystkich poniżej wymienionych czynności:

- e) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi (bez ograniczeń co do ich rodzaju),
- f) wytwarzania i obrotu bronią (bez ograniczeń co do jej rodzaju),
- g) wytwarzania i obrotu amunicją (bez ograniczeń co do jej rodzaju),

h) wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 do rozporządzenia.

Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawców nieposiadających koncesji w pełnym ww. zakresie, pomimo przyjęcia względem Wykonawcy literalnej wykładni ogłoszenia o zamówieniu, doprowadzi do rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonywanie dowolnej wykładni postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które nie posiadają koncesji w pełnym zakresie wynikającym z literalnego brzmienia postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, pomimo przyjęcia takiej wykładni przez Zamawiającego, prowadziłoby do sytuacji, że Zamawiający w odniesieniu do poszczególnych wykonawców stosuje odmienne warunki, a przez to w sposób niedozwolony wpływa na krąg podmiotów ubiegających się o udział w postępowaniu.

21

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 roku (KIO 2384/13), „swobodna interpretacja regulacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ dokonywana przez zamawiającego, nieznana wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywanie oceny spełniania warunków w oparciu o tą wykonawcom ofert zawierających interpretację uniemożliwia złożenie odpowiednie dokumenty.” Z takim rodzajem interpretacji mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdyż Zamawiający w sposób oczywisty „wybiera” te elementy wymagania określonego w sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, które pozwolą mu na wykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawcy, a jednocześnie pozwolą na zaniechanie wykluczenia pozostałych wykonawców, pomimo oczywistej wadliwości proponowanej przez Zamawiającego interpretacji ww. postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

wada będąca konsekwencją wymuszania przez Powyższa postępowania, Zamawiającego dosłownej, błędnej interpretacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu, powinna skutkować jego unieważnieniem, gdyż w sposób zasadniczy wpływa na konkurencję w niniejszym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca nie przedstawia innej niż załączona do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesji oraz wzywa do uznania koncesji załączonej do tego wniosku za prawidłową, gdyż zgodnie z argumentacją przedstawioną na wstępie niniejszego pisma oraz wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 2 października 2015 roku koncesja ta spełnia wymagania ogłoszenia o zamówieniu.”

Pismem z dnia 19 października 2015 r. Zamawiający poinformował, że warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu spełniają Przystępujący oraz wykonawca Ibcol Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający podał, że Odwołujący „podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 1 ogłoszenia.” W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający stwierdził, że „na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał, zgodnie z zapisem sekcji III.2.1, ust. 2 pkt 3 ogłoszenia, złożenia aktualnej koncesji wydanej na podstawie ustawy w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2.

Wykonawca złożył koncesję nr B-043/2014 z dnia 16.06.2014 r., wraz z integralną do niej Decyzją nr 2 z dnia 25.05.2015 r., na obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym i obrotu technologią o takim przeznaczeniu określonymi w pozycjach: WT II – WT XIV załącznika nr 2. Złożony dokument nie spełniał ww. wymagań Zamawiającego, ponieważ

22

nie dotyczy wymaganej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonych w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2.

Zamawiający pismem wych. Nr VI/11241/2015 z dnia 21.09.2015 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionej koncesji. Zamawiający

wyznaczył termin na wyjaśnienie na 28.09.2015 r., który został na wniosek Wykonawcy za zgodą Zamawiającego przesunięty na dzień 02.10.2015 r. (pismo nr wych. VI/11497/2015).

Wykonawca otrzymał ww. pismo za pośrednictwem faksu w dniu 21.09.2015 r., a otrzymane wezwanie potwierdzone zostało wydrukiem z faksu o wysłaniu zakończonym pomyślnie, pomimo żądania potwierdzenia faktu otrzymania pisma. Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia za pismem wch. 20951 z dnia 02.10.2015 r., w którym stwierdził, że złożona koncesja jest właściwa i kompletna na dzień składania wniosków.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę za pismem nr wych. VI/11953/2015 z dnia 06.10.2015 r. do uzupełnienia dokumentów, tj. do złożenia wymaganej koncesji zgodnie z zapisami w sekcji III.2.1 ust. 2 pkt 2 ogłoszenia.

Wykonawca otrzymał ww. pismo za pośrednictwem faksu w dniu 06.10.2015 r., a otrzymanie wezwania potwierdzone zostało wydrukiem z faksu „o wysłaniu zakończonym pomyślnie”, pomimo żądania potwierdzenia faktu otrzymania pisma. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie koncesji na 09.10.2015 r.

W związku z powyższym Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.”

W dniu 29 października 2015 r. Odwołujący wniósł odwołanie „wobec następujących czynności Zamawiającego:

- a) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
 - b) wykluczenia Odwołującego z postępowania;
 - c) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POL AND Sp. z o.o., Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów PIAP, IBCOL Polska Sp. z o.o. i zaproszenia tych wykonawców do składania ofert;
 - d) zaniechania zaproszenia Odwołującego do składania ofert;
 - e) zaniechania unieważnienia niniejszego postępowania;
tj. od czynności, o których Odwołujący został zawiadomiony przez Zamawiającego pismem Zamawiającego z dnia 19 października 2015 roku, znak VI/12529/15, przesłanym Odwołującemu za pośrednictwem faksu dnia 19 października 2015 roku.”
- Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

23

następujących przepisów prawa:

„art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. – poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na nieposiadanie przez Odwołującego koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. z 2001 r. nr 145, poz. 1625 z późn. zm.) w sytuacji, gdy Odwołujący posiadał i złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesję spełniającą wymagania Zamawiającego wyrażone w ogłoszeniu o zamówieniu;

art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie wykładni – postanowienia sekcji III.2.1) ust. 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu w sposób dowolny i oderwany od jego brzmienia, a przez to ograniczający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że z ww. postanowienia wynika wymóg posiadania przez wykonawców koncesji wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (tj. Dz.U. z 2012 r., poz. 1017) w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wytwarzania wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonych w pozycji WT II ust. 2, WT VIII ust. 1 i 4 pkt 1 do 5 i 7 do 9 oraz WT XIV ust. 1, 10 i 13 załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” do

rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r. nr 145, poz. 1625 z późn. zm.) w sytuacji, gdy taki wniosek nie wynika z treści przedmiotowego postanowienia ogłoszenia o zamówienia, a przyjęcie interpretacji ogłoszenia o zamówieniu proponowanej przez Zamawiającego doprowadziłoby do wprowadzenia wymogów nadmiernych i nieuzasadnionych przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 p.z.p. – poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o., Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów

24

PIAP, IBCOL Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonych koncesji oraz zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania w sytuacji, gdy ww. wykonawcy nie spełniają warunków udziału w niniejszym postępowaniu, w szczególności nie posiadają wymaganej przez pkt III.2.1) ust. 2 pkt 2 koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją bez ograniczenia;

art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia niniejszego – postępowania w sytuacji, gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku z sekcji III.2.1) ust 2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, w sposób uniemożliwiający przeprowadzenie niniejszego postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonywanie przez Zamawiającego dowolnej wykładni tego postanowienia, oderwanej od jakichkolwiek zasad wykładni;

art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz art. 24 ust 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 p.z.p. – poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz UNITRONEX POLAND Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów wystawionego przez iRobot Corporation dnia 27 sierpnia 2015 oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy ww. zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie oznacza charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby, a ponadto zawarte w nim, bliżej niesprecyzowane ograniczenia nie stanowią dowodu na realne udostępnienie zasobów wykonawcy;”

Powyższe ustalono na podstawie treści odwołania wniesionego w sprawie o sygn.

akt: KIO 2346/15.

Pismem z dnia 6 listopada 2015 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (w aktach sprawy o sygn. akt: KIO 2346/15) informując, że „uznaje odwołanie w zakresie zaniechania czynności:

- 1) wezwania wykonawcy Ibcol Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonej koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu określonego w pozycji WT XIV ust. 1, 10 i 13 Załącznika Nr 2;
 - 2) wezwania wykonawcy: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz Unitronex Poland Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści zobowiązania o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia wystawionego przez firmę iRobot Corporation.
- W związku z powyższym uznaniem, Zamawiający:

25

- 1) unieważnił czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w tym również czynność wykluczenia Odwołującego);
- 2) wezwał wykonawcę Ibcol Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonej koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu zgodnego z WT XIV ust. 1, 10 i 13 Załącznika Nr 2;
- 3) wezwał Wykonawcę: konsorcjum firm Siltec Sp. z o.o. oraz Unitronex Poland Sp. z o.o. do wyjaśnienia złożonego zobowiązania a na ich potwierdzenie do złożenia dokumentów potwierdzających charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z

podmiotem trzecim oraz do wyjaśnienia jakie ograniczenia mogą wynikać z amerykańskich przepisów kontroli eksportu (podstawa prawna) i jaki będą miały wpływ na realne udostępnienie zasobów wykonawcy;

- 4) *dokona ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wykluczy wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu.*”

W trakcie posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 2346/15 pełnomocnik Odwołującego złożył „oświadczenie o cofnięciu odwołania wobec reakcji zamawiającego na odwołanie (częściowe uwzględnienie).” Powyższe ustalono na podstawie protokołu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2346/15.

Wobec rzeczzonego oświadczenia pełnomocnika Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (postanowienia z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2346/15).

Pismem z dnia 27 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego powielił swoje stanowisko zaprezentowane w piśmie z dnia 19 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania

26

odwoławczego, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać. Przy czym Izba, z mocy powołanego przepisu zobowiązana jest do zbadania, przed merytorycznym rozpoznaniem sporu, czy odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Czynności te Izba podejmuje z urzędu, a od wyniku ustaleń Izby w tym przedmiocie, zależy dalszy tryb procedowania. Stwierdzenie braku legitymacji czynnej po stronie odwołującego skutkuje oddaleniem odwołania, jako że przesłanki wymienione w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter materialnoprawny, zaś w przypadku istnienia rzeczowej legitymacji dochodzi do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przechodząc do oceny przesłanek zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że po pierwsze, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot. Powołany przepis wyznacza zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć przy tym należy, że uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia. Wyznaczenie tej grupy podmiotów legitymowanych wymaga jednak uwzględnienia dynamicznego charakteru definicji „wykonawcy”, zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Stosownie do jej treści na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przymiot wykonawcy będzie przysługiwał różnym grupom podmiotów. Dla przykładu, ci z wykonawców, którzy pobrali specyfikację istotnych warunków zamówienia, ale nie złożyli ofert, po upływie terminu składania ofert nie będą już wykonawcami. Podobnie wykonawca, który został wykluczony z przetargu ograniczonego (na etapie rozpatrywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), nie ma przymiotu wykonawcy na dalszym etapie postępowania.

Jakkolwiek w tym aktualnym stanie prawnym należy przyjmować, że jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także niebędący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej,

bowiem wystarczającym jest, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu, to jednak realna możliwość uzyskania zamówienia przez dany podmiot składający odwołanie wymaga oceny, ze względu na wyartykułowane w tym przepisie kolejne przesłanki, warunkujące posiadanie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Podkreślić bowiem należy, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w

27

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego utracił status wykonawcy, a tym samym wniesiony środek ochrony prawnej (przedmiotowe odwołanie), nawet w przypadku pomyślnego rozstrzygnięcia dla Odwołującego, nie spowoduje, że możliwe będzie uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący formułując zarzut niezgodnego z prawem wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej okoliczności upatruje podstaw warunkujących posiadanie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Oczywiście zaś jest, że co do zasady stanowisko powyższe jest słuszne. Odwołujący nie dostrzegł jednak które mają na ocenę szeregu okoliczności, wpływ ostateczną przedmiotowej kwestii.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie przedłożonej koncesji, na które to wezwanie odpowiedział. Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień ostatecznie uznał, że przedłożona wraz z ofertą koncesja nie jest właściwa i wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ślad za rzezonym wezwaniem Odwołujący nie uzupełnił żądanej koncesji, ale podjął polemikę z Zamawiającym, jaka w istocie koncesja jest wymagana w świetle postanowień ogłoszenia o zamówieniu. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający, mając na względzie

28

zaniechanie przez Odwołującego uzupełnienia koncesji, wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Co istotne, Odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej wobec czynności wezwania go do uzupełnienia koncesji, choć środki takie przysługują, w świetle przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, względem każdej czynności i zaniechania zamawiającego, z zastrzeżeniem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Oznacza to, że czynność Zamawiającego nie została zakwestionowana i funkcjonuje w obrocie jako poprawna. Tym samym brak uzupełnienia ze strony Odwołującego żądanej koncesji przesądza o prawidłowości czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, o czym informował Zamawiający w piśmie z dnia 19 października 2015 r. W konsekwencji skuteczne

wykluczenie Odwołującego z postępowania przesądza o utracie statusu wykonawcy.

Co prawa dostrzec należy, że Odwołujący samą czynność wykluczenia próbował wzruszyć wnosząc odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2346/15, niemniej jednak w toku postępowania odwoławczego oświadczył, że cofa odwołanie, co tylko potwierdza, w świetle czynności podjętych przez Zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego, utratę przymiotu wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dostrzec bowiem wypada, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołane złożone w sprawie o sygn. akt: KIO 2346/15 uznał odwołanie za zasadne jedynie w zakresie zaniechania czynności względem innych wykonawców. Natomiast Zamawiający w żadnym razie nie podzielił stanowiska Odwołującego co do niezasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający uwzględnił zatem zarzuty dotyczące innych wykonawców niż Odwołujący i adekwatnie do powyższego podejmował dalsze czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego, unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy traktować jako czynność wymuszoną ponowną oceną wniosków wskutek częściowego uwzględnienia odwołania, niemającą wpływu i doniosłości prawnej wobec sytuacji Odwołującego, a informację z dnia 27 listopada 2015 r., w której również zakomunikowano o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy odczytywać jako spełnienie wymogu z przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Nie doszło bowiem do dokonania kolejnej czynności wykluczenia, gdyż do podjęcia tej czynności nie było substratu, skoro Zamawiający w istocie nie dokonywał ponownej oceny wniosku złożonego przez Odwołującego, uznając, że wykluczenie Odwołującego było zgodne z prawem, a Odwołujący cofając odwołanie, którego przedmiotem była m.in. rzeczona czynność, fakt ten tylko potwierdził.

Przyjęcie koncepcji o dopuszczalności odwołania, a więc istnieniu legitymacji czynnej do jego wniesienia nie dałoby się pogodzić również w świetle przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z

29

art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem odwołanie przysługuje tylko wykonawcy i to jednokrotnie wobec konkretnej czynności w określonym terminie. Rozpatrzenie zaś przedmiotowego odwołania doprowadziłoby do sytuacji, w której Odwołujący nie mając statusu wykonawcy ponownie korzysta ze środków ochrony prawnej wobec tożsamej czynności, z tej tylko przyczyny, że Zamawiający spełniając formalny wymóg co do obowiązku zakomunikowania o ocenie wniosków, o czym była mowa wyżej, powtórzył w piśmie z dnia 27 listopada 2015 r. informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący nie dokonując uzupełnienia żądanej przez Zamawiającego koncesji, wobec niezakwestionowania treści wezwania Zamawiającego, doprowadził do skutecznego wykluczenia go z postępowania, tym bardziej, że wnosząc odwołanie wobec rzeczony czynności w ostateczności zrezygnował z jej kontroli, podejmując decyzję w toku postępowania odwoławczego, sygn. akt: KIO 2346/15, o cofnięciu odwołania. Tym samym czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, zakomunikowana pismem z dnia 19 października 2015 r. stała się „ostateczna” i nie mogła być po raz kolejny kwestionowana, nie tylko z powodu tożsamości substratu zaskarżenia, ale przede wszystkim z tej przyczyny, że Odwołujący będąc skutecznie wykluczony nie mógł wnieść odwołania wobec utraty statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaś brak przymiotu wykonawcy, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi jednocześnie o braku legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Na uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący na skutek własnych zaniechań i działań doprowadził do usankcjonowania decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wcześniejszym etapie. Oznacza to, że szkody w tym postępowaniu ponieść nie może, bowiem nie mając statusu wykonawcy nie jest możliwe udzielenie mu zamówienia. Zatem, nawet gdyby rozstrzygnięcie przedmiotowego odwołania byłoby dla Odwołującego korzystne to uzyskanie zamówienia przez pomiot niebędący wykonawcą nie jest możliwe (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp), a to jednoznacznie przesądza o braku legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że z przyczyn wskazanych powyższej Odwołujący nie ma legitymacji czynnej do kwestionowania czynności podjętych wobec

innych wykonawców. Zarzucanie Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia innych wykonawców z przedmiotowego postępowania, wobec sytuacji Odwołującego w tym postępowaniu, nie doprowadzi, nawet gdyby odwołanie zostało rozpoznane w tym zakresie na korzyść Odwołującego, do uzyskania przez Odwołującego zamówienia.

Nadto, Odwołujący upatrując w wykluczeniu innych wykonawców zwiększenia szans uzyskania zamówienia (niezależnie od tego, że jest to teza fałszywa, z przyczyn o których

30

była mowa wyżej), nie wykazał możliwości poniesienia szkody. Powyższa okoliczność potwierdza, że celem Odwołującego jest ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą złożyć ofertę. Jednakże takie postrzeganie uprawnienia do wniesienia odwołania nie zasługuje na ochronę w świetle przesłanek wyartykułowanych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z faktu, że możliwe jest złożenie ofert przez konkurencję nie da się wywieść szkody.

W orzecznictwie i literaturze przedmiotu ukształtowany jest pogląd, zgodnie z którym, odmawia się wykonawcy legitymacji czynnej do wniesienia odwołania w sytuacji, kiedy żąda on unieważnienia postępowania. Podkreśla się, że owa legitymacja winna dotyczyć konkretnego postępowania, w którym odwołanie jest wnoszone, a nie przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma wykazać, że istnieje możliwość uzyskania zamówienia, bo w tej okoliczności upatruje się legitymacji do wniesienia odwołania, a nie w unicestwieniu postępowania i oczekiwaniu, że w kolejnym postępowaniu jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Poza tym, po raz kolejny wymaga powtórzenia argument, że Odwołujący jako podmiot pozbawiony statusu wykonawcy w niniejszym nie ma możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym upatrywanie szkody związanej z udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy jest bezpodstawne. Odwołujący nie utraci korzyści, które osiągnąłby wskutek realizacji zamówienia czy też nie poniesie kosztów związanych z udziałem w postępowaniu w wyniku udzielenia zamówienia innemu podmiotowi, ale z tej przyczyny, że nie może uzyskać zamówienia z powodu okoliczności, za które sam odpowiada i które swym postępowaniem wywołał.

Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów i nie czyniła ustaleń na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: „*Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić*”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

31

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

32

