

WYROK
z dnia 31 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 marca 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa, ul. Astronomów 3

B. PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestów:

A. NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa, ul. Astronomów 3 z dnia **28 lutego 2008 r.**

B. PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83 z dnia **26 lutego 2008 r.**

Przy udziale **Konsorcjum firm: Bumar Sp. z o.o., Fabryka Broni Łucznik - Radom Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11 i PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddała odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa, ul. Astronomów 3** i **PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa, ul. Astronomów 3**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 1500 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) przez **NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa, ul. Astronomów 3** na rzecz **Komenda Główna Policji, Warszawa, ul. Puławska 148/150**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.
 - B** kwoty 1500 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) przez **PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83** na rzecz **Komenda Główna Policji, Warszawa, ul. Puławska 148/150**, stanowiącej

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx**.

B kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx**.

2

- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa, ul. Astronomów 3.**

B kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, ul. Czerniakowska 81/83.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 25.701 kpl 9 mm pistoletów samopowtarzalnych - sprawa 174/Cmt/07/JM zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 192-233576 w dniu 05.10.2007 r. przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa zwaną dalej „Zamawiającym”.

W dniu 21.02.2008 r. faxem uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym firmy NAT IMPORT-EXPORT, Leszek Cichocki, ul. Astronomów 3, 01-450 Warszawa oraz PHZ Cenzin Sp. z o.o., ul. Czerniakowska 81/83, 00-957 Warszawa otrzymali od Zamawiającego informacje o odrzuceniu oferty firmy NAT IMPORT-EXPORT i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. Konsorcjum Bumar Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Warszawie oraz Fabryka Broni Łucznik- Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu zwana dalej Konsorcjum Bumar/Łucznik.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający, stwierdził, iż podstawą powyższego jest art. 89 ust.1 pkt.2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp., czyli niezgodność złożonej oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej SIWZ). Według Zamawiającego, wzór załączony do oferty posiada zabezpieczenie niespełniające funkcji zabezpieczenia przed pozyskaniem broni przez osobę nieuprawnioną do jej posiadania.

W dniu 28.02.2008 r. w nawiązaniu do informacji otrzymanej w dniu 21.02.2008 r. NAT IMPORT-EXPORT zwany dalej „pierwszym Protestującym lub Odwołującym” wniósł

3

protest na czynność odrzucenia swojej oferty i wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Bumar/Łucznik. Pierwszy Protestujący, zarzucił Zamawiającemu naruszenia: art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp (poprzez wadliwe przyjęcie, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ), art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp (niewykluczenie Konsorcjum Bumar/Łucznik z uwagi na fakt nie wniesienia wadium przez tego Wykonawcę, co przejawia się: a) załączeniem do oferty niniejszego konsorcjum kopii pełnomocnictwa nie zawierającego dla pełnomocnika konsorcjum uprawnienia do wniesienia wadium w jego imieniu, b) dołączeniem do oferty gwarancji wadialnej nie zawierającej czytelnego podpisu oraz imiennej pieczętki przedstawiciela gwaranta, c) przedłożeniu przez konsorcjum gwarancji wadialnej wystawionej nie na konsorcjum, lecz tylko i wyłącznie na Bumar Sp. z o.o., jako oferenta) oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 8 Pzp (zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Bumar/Łucznik jako niezgodnej ze SIWZ oraz nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, co przejawia się: a) brakiem w formularzu ofertowym, wpisanej ceny netto, mimo że zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem formularza ofertowego Zamawiający postawił taki wymóg, b) z pkt. 18 e załącznika nr 2 nie

wynika, że Zamawiający na każde 100 egz., broni zostanie dostarczony katalog części, c) złożona oferta zawiera szereg nieprawidłowości związanych z poświadczeniem dokumentów za zgodność z oryginałem) i domagał się: 1) unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) wykluczenia Konsorcjum Bumar/Łucznik, 3) uznania poprawności oferty złożonej przez siebie w przetargu, 4) powtórzenia oceny ofert i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pierwszy Protestujący wskazuje na interes prawny w oprotestowaniu decyzji Zamawiającego w przedmiocie zaniechania wykluczenia Konsorcjum Bumar/Łucznik, odrzucenia jego oferty, wadliwego wyboru oferty złożonej przez powyższe konsorcjum i zaniechaniu wyboru oferty Protestującego.

W ramach zarzutu pierwszego, zdaniem pierwszego Protestującego, Zamawiający nie wskazał punktu SIWZ, z którym zaoferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny. Pkt. 19 (załącznika nr 1 do oferty) stanowi oświadczenie, iż broń będąca przedmiotem oferty, spełnia wymienione tam przez Zamawiającego parametry. Pierwszy Protestujący wskazuje, iż w ww punkcie nie było wymogu nakazującego zabezpieczenie broni uniemożliwiające pozyskanie jej przez osobę trzecią. Zdaniem pierwszego Protestującego zaoferowana broń spełnia wymagania Zamawiającego, na potwierdzenie czego przedkłada dodatkowo tłumaczenie opinii firmy Beretta.

W ramach zarzutu drugiego: a) w aspekcie braku upoważnienia do wniesienia wadium. Protestujący stwierdził, iż załączone do oferty pełnomocnictwo nie zawierało upoważnienia dla pełnomocnika konsorcjum do niesienia wadium w imieniu konsorcjum. Na potwierdzenie słuszności niniejszej tezy przywołuje orzeczenie arbitrażowe o sygn. akt. UZP/ZO/0-2458/06. W aspekcie braku podpisu wystawcy gwarancji (b), pierwszy

4

Protestujący podnosi, iż wymóg taki wynika z Rozdz. IX pkt 6 SIWZ oraz Rozdz. XVI pkt 2 SIWZ. Na potwierdzenie słuszności niniejszej tezy przywołuje orzeczenie arbitrażowe o sygn. akt. UZP/ZO/0-198/07. W aspekcie wystawienia gwarancji nie na Wykonawcę, tj. Konsorcjum Bumar/Łucznik, ale oferenta Bumar Sp. z o.o. (c), pierwszy Protestujący przywołuje orzeczenia arbitrażowe o sygn. akt. UZP/ZO/0-149/06 oraz o sygn. akt. UZP/ZO/0-1626/06, zgodnie z którymi wadium w formie gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej powinno być wystawione na wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przywołuje także stanowisko J. Pieroga w tym zakresie, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz 8, str. 193. Zdaniem pierwszego Protestującego, gwarancja bankowa została wystawiona jedynie na lidera, a z jej treści nie wynika, jakoby lider działał w imieniu i na rzecz konsorcjum.

W ramach zarzutu trzeciego, w aspekcie braku wskazania ceny netto (a), pierwszy Protestujący podniósł, iż Konsorcjum Bumar/Łucznik nie podał w swojej ofercie ceny netto (załącznik nr 4 do SIWZ), mimo wyraźnego wyodrębnienia powyższej pozycji. Na potwierdzenie słuszności niniejszej tezy przywołuje orzeczenie arbitrażowe o sygn. akt. UZP/ZO/0-170/07, zgodnie z którym za ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ uznać należy ofertę, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ, nie zawiera wymaganych dokumentów albo dokumenty nie zawierają informacji wymaganych przez SIWZ. W przedmiotowym wypadku oferta Konsorcjum, zdaniem Protestującego nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji dotyczących ceny przedmiotu zamówienia. W aspekcie niezgodności z wymaganiami SIWZ (b), zdaniem Protestującego, oferta Konsorcjum nie czyni zadość warunkowi, że „na każde 100 egz. broni musi być dostarczony katalog części wraz ze schematem broni”, z uwagi na fakt, iż konsorcjum ograniczyło się zdaniem pierwszego Protestującego jedynie do stwierdzenia „na każde 100 egz. broni katalog części”, co w jego ocenie jest niezgodne z postawionym przez Zamawiającego wymogiem, czyli SIWZ. Na potwierdzenie słuszności niniejszej tezy przywołuje orzeczenie arbitrażowe o sygn. akt. UZP/ZO/0-2862/06. W aspekcie z dokumentów zgodność nieprawidłowości związanych poświadczeniem „za oryginałem” (c), Protestujący wskazuje, iż na niektórych dokumentach brakuje pieczętki „za zgodność z oryginałem”, znaczna też część dokumentów została poświadczona przez podmiot, którego one nie dotyczą, nie zaś przez osobę umocowaną przez konsorcjum do dokonania tej czynności.

W dniu 28.02.2008 r. wpływ bezpośredni (pismo z 26.02.2008 r.) w nawiązaniu do

aspekcie pierwszym Przystępującym” wniósł protest na czynność wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Bumar/Łucznik.

Drugi Protestujący, zarzucił Zamawiającemu naruszenia: art. 7 Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję, oferty która ma liczne wady i jest sprzeczna z SIWZ i ustawą), jak i art. 89 ust.1 pkt 1 (nieodrzućenie oferty z uwagi na podpisanie i złożenie wybranej oferty przez podmiot nieuprawniony), 2 i 8 (nieodrzućenie oferty z uwagi niezłożenie aktualnej wymaganej koncesji przez Konsorcjum Bumar/Łucznik w odniesieniu do Bumar Sp. z o.o.- niniejsze ma miejsce w związku z naruszeniem art.22 ust.1 pkt 1, jak i art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp oraz złożenie dokumentów niezgodnie z pkt VII SIWZ – tj. kopii wadliwie poświadczonych za zgodność z oryginałem) Pzp oraz art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp (niewykluczenie Konsorcjum Bumar/Łucznik z uwagi na fakt nieprawidłowego zabezpieczenia wadium złożonej oferty) i zażądał: 1) dokonania czynności ponownej oceny ofert, 2) odrzucenia oferty Konsorcjum Bumar/Łucznik, 3) uznanie oferty złożonej przez w/w Protestującego za najkorzystniejszą, ewentualnie 1) dokonania czynności ponownej oceny ofert, 2) wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Bumar/Łucznik i odrzucenia ich oferty, 3) uznanie oferty złożonej przez w/w Protestującego za najkorzystniejszą.

Odnosnie zarzutu pierwszego, w/w Protestujący, stwierdził, iż pełnomocnictwo p. Tomasza Nity zostało udzielone przez zarząd Spółki Bumar Sp. z o.o., a nie przez Spółkę Bumar Sp. z o.o. Podkreśla, iż zarząd przedmiotowej spółki nie jest liderem Konsorcjum Bumar/Łucznik, liderem jest Bumar Sp. z o.o. i tylko ona, na mocy udzielonego jej umocowania, mogła udzielić dalszego pełnomocnictwa p. Tomasza Nity. Jako podmiot udzielający pełnomocnictwa szczególnego, winna być wskazana spółka Bumar, a nie zarząd. W związku z powyższym, w/w Protestujący uważa, iż pełnomocnictwo szczególne zostało udzielone p. Tomasza Nicie przez podmiot nieuprawniony.

Odnosnie zarzutu, niewykluczenie Konsorcjum Bumar/Łucznik z uwagi na fakt nieprawidłowego zabezpieczenia wadium złożonej oferty, należy stwierdzić, iż jego zdaniem, jeżeli pełnomocnictwo do podpisania oferty, reprezentowania w postępowaniu i podpisaniu umowy w postępowaniu zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji ubezpieczeniowej dla jednego z uczestników Konsorcjum, wniesione wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę, tj. Konsorcjum. Gdyby pełnomocnictwo to zostało udzielone przed datą lub w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, z treści jego można by wywieść skutki prawne dla obu firm, tj. uczestników konsorcjum (UZP/ZO/0-46/06). Protestujący o którym mowa powyżej, powołuje się także na orzeczenie arbitrażowe UZP/ZO/0-449/06, z którego wynika, iż oferta konsorcjum nie jest prawidłowo zabezpieczona wadium, jeżeli z gwarancji ubezpieczeniowej wynika zobowiązanie do zapłaty w przypadku, gdy tylko jeden z członków konsorcjum uchybi obowiązkowi wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym z treści

gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 29.01.2008 r. wynika, iż zobowiązanym jest Bumar Sp. z o.o., a beneficjentem jest Zamawiający. Gwarancja odnosi się tylko i wyłącznie do Bumar Sp. z o.o. Dodatkowo, podnosi, iż w dacie jej wystawienia nie posiadał jeszcze uprawnienia do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum Bumar/Łucznik. Bumar Sp. z o.o. został ustanowiony pełnomocnikiem konsorcjum dopiero w dniu 30.01.2008 r., a więc już po uzyskaniu zabezpieczenia.

Odnosnie nieodrzućenie oferty z uwagi niezłożenie aktualnej wymaganej koncesji przez Konsorcjum Bumar/Łucznik w odniesieniu do Bumar Sp. z o.o. Zdaniem Protestującego, koncesja złożona przez Bumar Sp. z o.o. nie odzwierciedla, aktualnego na datę składania oferty, stanu osobowego zarządu spółki, a tym samym nie wskazują rzeczywistych danych osób, które posiadają uprawnienia do kierowania działalnością objętą koncesją (na mocy art.155 kpa w zw. z art. 7 ustawy z dnia 22.06.2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym).

Odnosnie nieodrzućenie oferty z uwagi na złożenie dokumentów niezgodnie z pkt VII

SIWZ, Protestujący wskazywał, iż zgodnie ze SIWZ „wszelkie czynności Wykonawcy związane ze złożeniem wymaganych dokumentów (...) muszą być dokonywane przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy”. W powyższym względzie wskazuje na brak jakiegokolwiek jednolitości w tym względzie. Autentyczność dokumentów mógł potwierdzić albo sam wykonawca, albo ustanowiony przez niego pełnomocnik. W rezultacie część dokumentów poświadczyl p. Nita, część p. Tomasz Szatkowski, natomiast odpis z KRS-u radca prawny p. B. Dąbrowiecka. Protestujący podkreśla, iż p. Szatkowski, w dacie składania oferty, nie był już członkiem zarządu (od dnia 31.01.2008 r.), nie był też osobą uprawnioną radca prawny. Konkludując, Protestujący stwierdza, iż Zamawiający nie może więc w sposób jednoznaczny stwierdzić, czy złożone dokumenty odzwierciedlają stan faktyczny w nich stwierdzony (UZP/ZO/0-206/06).

W dniu 29.02.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestów i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 03.03.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu wniesionego przez NAT IMPORT-EXPORT przyłączył się po stronie Zamawiającego w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty pierwszego Protestującego z uwagi na fakt, iż nie spełnia ona wymogów SIWZ: PHZ Cenzin Sp. z o.o., ul. Czerniakowska 81/83, 00-957 Warszawa zwany dalej „pierwszym Przystępującym albo także winnym aspekcie drugim Protestującym lub Odwołującym”.

7

W ramach przyłączenia do protestu pierwszy Przystępujący wniósł o oddalenie protestu w zaznaczonym zakresie. Wskazał, iż posiada interes prawny, albowiem przedstawił ofertę o najkorzystniejszym bilansie ceny i pozostałych kryteriów, wśród wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Pierwszy Przystępujący, podniósł, iż Zamawiający przekazał pierwszemu Protestującemu stosowne uzasadnienie faktyczne i prawne i uczynił zadość związanym z tym wymaganiom.

Zdaniem pierwszego Przystępującego, powołanie się przez Zamawiającego na załącznik nr 1 do SIWZ „opis przedmiotu zamówienia”, pkt 19 poprzez wskazanie, iż oferowana przez pierwszego Protestującego kabura do broni, nie posiada wymaganego przez Zamawiającego uchwytu wypinającego broń z funkcją blokady, czyni zadość przepisom prawa. Powyższe zostało stwierdzone, jak podnosi Przystępujący przez Eksperta Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Głównej Policji i stanowi uzasadnioną postanowieniami SIWZ podstawę odrzucenia oferty Protestującego. Wymóg posiadania przez kaburę uchwytu z funkcją blokady wynika z załącznika nr 1 pkt 19, jak i załącznika nr 2 pkt 19 SIWZ.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana pierwszemu Protestującemu.

W dniu 03.03.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem wniesienia obu protestów przyłączył się Konsorcjum Bumar/Łucznik zwany dalej w tym aspekcie „drugim Przystępującym” i wniósł o oddalenie w całości tak pierwszego, jak i drugiego protestu.

W odniesieniu do nieodrżucenia oferty z uwagi na podpisanie i złożenie wybranej oferty przez podmiot nieuprawniony, czyli zarzutu rzekomej wadliwości pełnomocnictwa p. Tomasza Nity.

Konsorcjum Bumar/Łucznik odnosząc się do powyższego zarzutu, podkreślił iż osoba prawna działa poprzez swoje organy, a każdej czynności dokonywanej w imieniu spółki (w tym udzielenia pełnomocnictwa) może skutecznie jedynie zarząd, a nie żaden inny organ. Zgodnie z kc zarząd działa w imieniu spółki, gdyby więc chodziło o pełnomocnictwo udzielone przez zarząd i w imieniu zarządu to okoliczność ta – winna zostać wyraźnie i bez żadnych wątpliwości w pełnomocnictwie wskazana. Zakres umocowania wskazuje wyraźnie wskazuje, iż pełnomocnictwo udzielone zostało w imieniu konsorcjum a nie zarządu.

W odniesieniu niewykluczenie Konsorcjum Bumar/Łucznik z uwagi na fakt nieprawidłowego zabezpieczenia wadium złożonej oferty, Przystępujący powołuje się na umowę konsorcyjną z dnia 29.01.2008 r., która nie załączył do oferty, a przedkłada z przystąpieniem. Zgodnie z jej treścią, umowa została podpisana w dniu 29.01.2008 r.

wynika jednoznacznie uprawnienie lidera konsorcjum do podejmowania działań w imieniu i na rzecz konsorcjanta, w tym także w zakresie wadium. Przystępujący podnosi także, iż w tym samym dniu drugi konsorcjant udzielił pełnomocnictwa szczególnego do uzyskania wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej. W konsekwencji, jak podnosi w/w, Bumar Sp. z o.o. działał w stosunku do ubezpieczyciela jako pełnomocnik konsorcjum i w konsekwencji wystawiona gwarancja ubezpieczeniowa dotyczy Konsorcjum. Odnośnie nie wymienienia w treści dokumentu wadialnego wszystkich konsorcjantów, zdaniem w/w Pzp nie nakłada takiego obowiązku. Przystępujący wyjaśnił także, iż w stosunku do ubezpieczyciela działał w oparciu o umowę konsorcjum i pełnomocnictwo z dnia 29.01.2008 r., a nie w oparciu o pełnomocnictwo udzielone w trybie art. 23 ust.2 Pzp. Zauważył również, iż zgodnie z orzecznictwem arbitrażowym jeżeli ustanowiono pełnomocnika w trybie art. 23 ust.2 Pzp to jest on jednocześnie umocowany do wniesienia wadium (UZP/ZO/0-194/06). W rezultacie w dacie składania oferty Bumar Sp. z o.o., jako lider konsorcjum, składając u zamawiającego dokument wadialny, był umocowany do takiego działania na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30.01.2008 r. Podnosi także, iż kwestia uzyskania wadium nie powinna być utożsamiana ze złożeniem wadium w toku postępowania (UZP/ZO/0-1164/06).

W odniesieniu do rzekomej wadliwości koncesji, Przystępujący wyjaśnia, iż uczynił zadość odpowiedzi do pytania nr 5 z dnia 04.02.2008 r., zgodnie z którą na pytanie dotyczące braku w koncesji aktualnych informacji o składzie zarządu, Zamawiający stwierdził, iż wymaga aby koncesja spełniała wymagania w ustawie o obrocie bronią, tym samym aktualna koncesja jest koncesja spełniająca wymagania określone w/w ustawie. Według Przystępującego żaden przepis w/w ustawy nie wskazuje, że zmiana w składzie zarządu koncesjariusza skutkuje nieważnością lub wadliwością koncesji.

W odniesieniu do rzekomego wadliwego potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem, Przystępujący powołuje się także na odpowiedzi z dnia 04.02.2008 r. (odpowiedź na pytanie nr 3), gdzie Zamawiający wskazał, iż poświadczenia za zgodność z oryginałem mogą być dokonywane przez pełnomocnika konsorcjum (lub jego dalszego pełnomocnika) lub osoby upoważnione do reprezentowania wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w zakresie dotyczącym tych wykonawców. Przystępujący zastosował się do powyższego i dokumentacja obu konsorcjantów została stosownie potwierdzona przez osoby upoważnione zgodnie z odpisem z KRS-u. W odniesieniu do P. T. Szatkowskiego, Przystępujący podnosi, iż poświadczył on dokumenty nie w dniu składania oferty ale wcześniej, gdy posiadał jeszcze status członka zarządu Bumar Sp. z o.o. Względem braku na dokumencie pieczętki „za zgodność z oryginałem”, Przystępujący wskazuje, iż nie odnajduje w treści swojej oferty kopii dokumentów, na których nie byłoby takiej pieczętki.

Odnośnie braku czytelnego podpisu na dokumencie wadium, Przystępujący wskazał, iż kopia została złożona wyłącznie w celach informacyjnych, oryginał dokumentu wadialnego został złożony niezależnie od oferty, zgodnie z ze SIWZ.

Odnośnie nie wskazania w ofercie ceny netto, Przystępujący wskazał, iż brzmienie SIWZ przypisów nr 1 i 2 do treści formularza ofertowego prowadzi do wniosku, że cenę netto wypełniają jedynie wykonawcy zagraniczni, a cenę brutto wykonawcy krajowi. Ponadto w rozumieniu ustawy o cenach, ceną jest zawsze cena brutto (a nie netto), a więc właśnie cenę jaką podał Przystępujący. Ewentualnie podnosi, iż Zamawiający nie może czynić zarzutu względem Wykonawcy z tego powodu, iż sam w niewystarczająco jasny sposób sformułował swoją wolę i z tego powodu odrzucać ofertę jako niezgodną z SIWZ (UZP/ZO/0-112-7).

Odnośnie niezgodności oferty z pkt 18 załącznika nr 2 do SIWZ, przystępujący stwierdził iż treść jego oferty jest w całości zgodna z treścią SIWZ, w szczególności pod względem warunków technicznych ukompletowania broni. Pominiecie słowa „musi być dostarczone” nie zmienia sensu ani zakresu zobowiązania. W tym względzie przytacza wyrok KIO/UZP/1400/07, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy.

Odnośnie zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty pierwszego Protestującego,

Przystępujący stwierdził iż kabura musiała posiadać zabezpieczenie z funkcją blokady, umożliwiającą odblokowanie i zwolnienie mechanizmu zabezpieczającego jednym ruchem. Z powyższego wynika, iż blokada winna być mechanizmem, a więc zespołem elementów, które współpracują ze sobą dla wykonania określonego zadania, lub układem powiązanych ze sobą części składowych urządzenia spełniających pewne funkcje, nie chodzi tu zatem o pojedynczy element, a o pewien układ.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana obu Protestującym.

Rozstrzygnięcie obu protestów nastąpiło przez Zamawiającego w oddzielnych pismach z dnia 06.03.2008 r. w dniu 07.03.2008 r. faxem poprzez ich oddalenie.

W oddaleniu pierwszego protestu, w odniesieniu do pierwszego zarzutu naruszenia: art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, poprzez wadliwe przyjęcie, iż treść oferty Protestującego nie odpowiada treści SIWZ, Zamawiający stwierdził co następuje:

Zgodnie z załącznikiem 1 pkt 19 „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wymagał, aby kabura posiadała uchwyt wypinający broń z funkcją blokady umożliwiającą zablokowanie i zwolnienie mechanizmu zabezpieczającego jednym ruchem. Wzór załączony

10

do oferty posiada zabezpieczenie, ale nie spełnia ono funkcji zabezpieczenia przed pozyskaniem broni przez osobę nieuprawnioną do jej posiadania.

Według Zamawiającego, mechanizm z zasady logiki ma zabezpieczać przed pozyskaniem broni przez osobę nieuprawnioną. Kabura posiada wszystkie wymagane zabezpieczenia jednakże jest obciążona wadą konstrukcyjną, która powoduje, że możliwe jest wyjęcie (wypadnięcie) broni z kabury pomimo zapiętego mechanizmu zabezpieczającego.

W odniesieniu do drugiego zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, w zakresie uprawnienia do wniesienia wadium oraz wadliwego wystawienia gwarancji wadialnej Zamawiający stwierdził za wyrokiem Sadu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.05.2006 r., sygn. akt: Ca 489/06, iż złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile Zamawiający w SIWZ nie zawarł wyraźnego wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium. Pełnomocnictwo udzielone liderowi konsorcjum z dnia 30.01.2008 r. wywołało skutki prawne dla niniejszego postępowania i w pełni upoważniło lidera konsorcjum do złożenia oferty w imieniu konsorcjum, w tym do złożenia wraz z ofertą omawianej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Data wystawienia tej gwarancji - wcześniejsza w stosunku do udzielenia pełnomocnictwa liderowi konsorcjum – nie ma żadnego znaczenia prawnego a w szczególności nie dawała, zdaniem Zamawiającego, podstaw do przyjęcia, iż omawiana gwarancja nie została wniesiona przez konsorcjum. Skoro zobowiązany z tej gwarancji, był niewątpliwie członkiem konsorcjum (.....), gwarancja dotyczyła tego konkretnego postępowania, to niewątpliwie złożenie przez lidera konsorcjum oferty z dołączeniem omawianej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium było złożeniem oferty w imieniu konsorcjum zabezpieczonej tą właśnie gwarancją ubezpieczeniową. Skoro pełnomocnictwo obejmowało czynność złożenia oferty w imieniu konsorcjum to obejmowało także czynność złożenia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium i to w imieniu konsorcjum. Podkreśla także odpowiedzialność solidarną jego członków na podstawie art. 370 w zw. z art. 366 KC i art. 14 Pzp. W aspekcie wymaganej formy gwarancji wadialnej, tzn. nie możliwości identyfikacji gwaranta z imienia i nazwiska. Zamawiający, stwierdził, iż w oryginale gwarancji wadialnej można odczytać, kto w imieniu gwaranta podpisał gwarancję.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i 8 Pzp poprzez brak w formularzu ofertowym, wpisanej ceny netto, mimo że zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem formularza ofertowego Zamawiający postawił taki wymóg oraz, że z oferty Wykonawcy nie wynika zobowiązanie do dostarczenia katalogu broni wraz ze schematem broni - zostanie dostarczony katalog części, jak również nieprawidłowości związanych

11

z poświadczeniem za zgodność, Zamawiający stwierdził co następuje: po pierwsze, nieprawidłowe wypełnienie formularza cenowego można uznać za uchybienie formalne i nie może stanowić to podstawy do odrzucenia oferty. Za przyjęciem takiej tezy przemawia zdaniem Zamawiającego także fakt, iż w definicji ceny w Pzp mówi się o cenie brutto; po drugie, z oferty wynika w sposób nie budzący wątpliwości kwestionowane zobowiązanie; po trzecie, Wykonawca zastosował się w kwestii podpisów do odpowiedzi na pytania z dnia 04.02.2008 r. Poza tym, wszystkie dokumenty w ofercie zostały podpisane przez pełnomocnika p. Tomasza Niłę.

W oddaleniu drugiego protestu, w odniesieniu do pierwszego zarzutu nieprawidłowości w zakresie udzielenia pełnomocnictwa p. Tomaszowi Nicie, Zamawiający stwierdził, iż osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie (art. 38 KC w związku z art. 14 Pzp). Bez znaczenia pozostaje fakt, iż z treści pełnomocnictwa nie wynika, że zostało ono udzielone w imieniu spółki, bowiem oświadczenie woli złożone przez organy osoby prawnej jest oświadczeniem osoby prawnej.

W odniesieniu do drugiego zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, tj. wystawienia gwarancji wadialnej na spółkę Bumar a nie na Konsorcjum, Zamawiający powtórzył argumentację w tym zakresie powołaną w oddaleniu pierwszego protestu.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu, rzekomej wadliwości koncesji, Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z Rozdz. XI pkt 6 lit. e) SIWZ w odniesieniu do wymogów określonych w art.22 ust.1 pkt 1, 2 i 3 Pzp będzie brał pod uwagę łączne uprawnienia Wykonawców do wykonywania czynności działalności wychodzących w zakres zamówienia, ich łączny potencjał techniczny, wiedzę i doświadczenie, a także ich łączną sytuację ekonomiczną i finansową, które zostaną potwierdzone poprzez złożenie dokumentów określonych w Rozdz. VII pkt.1 pkt. 3,7 i 8 SIWZ, m.in. koncesje na obrót materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Jego zdaniem, w ofercie złożono koncesje dwóch firm, zatem wystarczy, że jedna z nich spełnia określony wymóg.

W odniesieniu do czwartego zarzutu, nieprawidłowego potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów przedstawionych w formie kopii, Zamawiający stwierdził, iż zgodnie ze stosownym rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, odpis z KRS-u musi być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Dokument złożony w ofercie wystawiony jest dnia 16.11.2007 r. i również w tej dacie mógł zostać poświadczony za zgodność (p. Szatkowskiego i Skowrona).

12

Ponadto, wspomniane dokumenty zostały podpisane także przez pełnomocnika p. Tomasza Niłę.

Na oddalenie pierwszego protestu w dniu 12.03.2008 r. (wpływ bezpośredni) wniesiono do Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie. Pierwszy Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, w odniesieniu do pierwszego stwierdził, iż Zamawiający przyznaje, że kabura posiada wszystkie wymagane zabezpieczenia, nie może jednak odrzucać oferty z uwagi na fakt ich rzekomej wadliwości, skoro wymogu takiego nie było SIWZ. Jako dowód zgodności oferowanej broni ze SIWZ załącza ponownie opinię firmy Beretta (poprzednio do protestu). Ponadto, stwierdza, że Zamawiający przeprowadził testy przy wadliwie zapiętej kaburze i wnosi o przeprowadzenie dowodu z oględzin pistoletu w kaburze na okoliczność, że przy prawidłowo zapiętym zabezpieczeniu niemożliwym jest wypadnięcie czy wydobywanie broni przez osobę niepożądaną. Dodatkowo, załącza kopie pisma z Biura Finansów Komendy Głównej Policji z dnia 27.07.2007 r. z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego, na okoliczność wykazania, iż odrzucenie oferty Odwołującego we wcześniejszym przetargu nastąpiło z innych względów niż w niniejszym postępowaniu. W odniesieniu do drugiego zarzutu, stwierdził, iż do oferty nie został załączony żaden dokument, z którego wynikałoby umocowanie dla Bumar Sp. z o.o. do wniesienia wadium w imieniu konsorcjum. Dołączone do przystąpienia do protestu z dnia 03.03.2008 r. przez Konsorcjum Bumar/Lucznik pełnomocnictwo szczególne, czy też umowę konsorcjum uznał za niedopuszczalne uzupełnienie pełnomocnictwa. Uznał, iż w dniu

podpisania umowy dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej Bumar Sp. z o.o. nie posiadał stosownego umocowania do wniesienia wadium w imieniu konsorcjum. Ponadto, podtrzymał swoje stanowisko, iż mimo określonych zapisów w gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja została wystawiona na Bumar Sp. z o.o., która wskazana tam została jako oferent nie zaś jako lider Konsorcjum. Dodatkowym dowodem na potwierdzenie braku wiedzy ubezpieczyciela o fakcie wspólnego ubiegania się przez Bumar i Fabrykę Łucznik o udzielenie zamówienia są załączone do odwołania wzory umów gwarancji ubezpieczeniowej stosowane przez Ergo Hestia, jak i HDI Gerling odmienne dla wykonawców występujących w przetargach wspólnie, bądź oddzielnie. Powołuje się także na okoliczność, iż orzeczenia arbitrażowe, zawierają zastrzeżenia, że dopuszczalna jest sporna praktyka, o ile upoważnienie podmiotu na którego wystawiona jest gwarancja, jednocześnie obejmuje umocowanie do wniesienia wadium. W odniesieniu do zarzutu braku podpisu wystawcy gwarancji, wnosi o przeprowadzenie dowodu z oględzin dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Względem trzeciego zarzutu, braku wskazania ceny netto, pierwszy Odwołujący nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, iż przypisy nr 1 i 2 do formularza regulowały tą kwestię, jak też iż jest to uchybienie formalne a nie merytoryczne. Uważa, iż

13

cena netto stanowi essentialia negotii umowy sprzedaży. Zwraca także uwagę, iż Zamawiający przechodzi do porządku nad brakiem ceny netto a kwestionuje ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. Porusza także kwestię braku możliwości weryfikacji zaistnienia błędu w cenie. Odnośnie wadliwości poświadczenia dokumentów za zgodność podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko w oparciu o orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z 2002 r. (sygn. akt: V Ca 1015/02).

Zarzut odnośnie pkt. 18 e załącznika nr 2 z którego jakoby nie wynikał, że Zamawiający na każde 100 egz., broni zostanie dostarczony katalog części, jako jedyny nie został podtrzymany.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

Na oddalenie drugiego protestu w dniu 12.03.2008 r. (pocztą) wniesiono do Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie. Drugi Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty zwarte w proteście. W aspekcie pierwszego zarzutu, stwierdził, iż jako mocodawca w danym dokumencie winna być wskazana osoba prawna, a nie jej organ, tak by ustalenie osoby udzielającej pełnomocnictwa nie wymagało wykładni, ani korzystania z domniemań prawnych. W aspekcie drugiego zarzutu, stwierdza, że wobec faktu, iż w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej Bumar Sp. z o.o. zgodnie z załączonymi do oferty dokumentami, nie posiadał jeszcze uprawnień do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum, a co za tym idzie nie można skutków prawnych gwarancji rozciągać na obu członków konsorcjum. Powyższe potwierdza orzeczenie arbitrażowe UZP/ZO/0-46/06 z dnia 17.01.2006 r. Dokonane w toku postępowania protestacyjno – odwoławczego przedłożenie umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa szczególnego uznaje za niedopuszczalne. Względem wadium, podnosi kwestię niezabezpieczenia w sposób dostateczny interesów Zamawiającego przy tak wystawionej gwarancji ubezpieczeniowej.

Względem koncesji, Odwołujący stwierdził iż Zamawiający, z jednej strony potwierdził trafność zarzutów, z drugiej poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 23 Pzp, protest w danej części oddalił. Zauważa, iż fakt posiadania aktualnej koncesji przez jednego z konsorcjantów nie rozciąga się w swych skutkach prawnych na drugiego z nich.

Względem ostatniego zarzutu, Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający winien sprawdzić, czy dokumenty mu przedstawione, na datę złożenia oferty, zostały poświadczone przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy, bo tylko ta data jest miarodajna i stanowi właściwy punkt odniesienia. Odrzuca dalszą argumentację Zamawiającego przedstawiając własną.

Reasumując wobec zaistnienia opisanych wyżej uchybień podtrzymuje naruszenia art. 7 Pzp i wybór ofert najkorzystniejszej z naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania.

14

swojego protestu Konsorcjum Bumar/Łucznik, z uwagi na nieotrzymanie w ustawowym terminie, tj. brak jednoczesnego przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu protest, w terminie przewidzianym do zgłoszenia przystąpienia (zgodnie z teorią doręczenia - art. 61 w zw. art. 14 Pzp).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

W dniu 13.03.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowań protestacyjnych kopie odwołań i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego dnia 25.03.2008 r. (wpływ bezpośredni do UZP) po stronie Zamawiającego w odniesieniu do pierwszego odwołania przystąpił pierwszy Przystępujący: PHZ Cenżin Sp. z o.o. Przystępujący powtórzył i podtrzymał swoje zarzuty i argumenty przedstawione w przystąpieniu do protestu. Jednocześnie podniósł zarzuty odnośnie skuteczności złożenia odwołania przez pierwszego Odwołującego. Stwierdził, iż jego zdaniem kopie odwołania Zamawiający otrzymał 13.03.2008 r., czyli po upływie terminu na wniesienie odwołania. Kopie przystąpienia przekazano faxem w tym samym dniu Zamawiającemu oraz pierwszemu Odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego dnia 25.03.2008 r. (wpływ bezpośredni do UZP) po stronie Zamawiającego do obu odwołań przystąpiło Konsorcjum Bumar/Łucznik.

W pierwszej kolejności odniosło się do zarzutu nieskutecznego przystąpienia do postępowania protestacyjnego wykazując, iż uczyniło to skutecznie 03.03.2008 r. w stosunku do Zamawiającego oraz Nat Import-Export, w stosunku do PHZ Cenżin Sp. z o.o. 04.03.2008 r. z uwagi na nieobecność przedstawicieli tego Wykonawcy, jednakże, dowodzi, iż zgodnie z treścią art. 61 KC oświadczenie zostaje złożone drugiej stronie, nie w chwili, w której strona ta zapoznała się z treścią pisma, a w chwili, w której mogła się zapoznać, a próba przekazania miała miejsce. Względem wniosku o odrzucenie odwołania pierwszego Odwołującego przytacza się do powyższego. Odnośnie gwarancji ubezpieczeniowej (wadialnej) podtrzymuje swoją wcześniejszą argumentację. Gwarancja wadialna odnosi się według niego do oferty złożonej w toku postępowania. Brak było wymogu wymienienia wszystkich członków Konsorcjum w gwarancji. Pełnomocnictwo wystawione w trybie art. 23 ust. 2 Pzp uznaje za wystarczające. Względem rzekomej wadliwości pełnomocnictwa dla p. Tomasza Nity także podtrzymuje swoje stanowisko, stwierdzając dodatkowo, iż w razie wątpliwości zastosowanie mają reguły wynikające z art. 65 § 1 KC. Odnośnie zarzutu związanego z koncesją, podtrzymał swoją dotychczasową argumentację, zauważając dodatkowo, iż analiza rozstrzygnięcia Zamawiającego odczytywać należy, jako

15

bezzprzedmiotowość zarzutu. Względem pozostałych zarzutów podtrzymał również swoją argumentację przedstawioną w przystąpieniu do protestów z dnia 03.03.2008 r.

Kopie przystąpienia przekazano faxem w tym samym dniu Zamawiającemu oraz drugiemu Odwołującemu.

W drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2008 r. skierowano oba przedmiotowe odwołania z 12.03.2008 r. do łącznego rozpoznania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oryginalnymi ofertami i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W toku rozprawy skład orzekający Izby dopuścił następujące dowody:

- 1) Opinię z dnia 20.03.2008 r. Instytutu Mechaniki Precyzyjnej, Laboratorium Badań Mechanicznych Urządzeń Zabezpieczających i Lekkich Przegród Budowlanych LB-1, tzw. Sprawozdanie z badań Nr LB-1/S1/2008 – złożone przez pierwszego Odwołującego;
- 2) Wyciąg z „Zamówień Publicznych w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Wybrane orzeczenia Zespołów Arbitrów i Sądu Okręgowego w Warszawie z 2002 r.” Zeszyt 1, str. 13, wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.10.2002 r., sygn. akt: V Ca 1015/02 – złożone przez pierwszego Odwołującego;
- 3) Aneks nr 1 do wadium (gwarancji wadialnej) nr 250001049341 z dnia 29.01.2008 r. stanowiący integralną część wadium (gwarancji

ubezpieczeniowej) nr 250001049341 z dnia 29.01.2008 r. – złożone przez drugiego Przystępującego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę zapisy SIWZ oraz odpowiedzi na pytania z dnia 04.02.2008 r., udzielone przez Zamawiającego, jak również ustawę 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 (Dz. U. z 2001 r., Nr 67, poz. 679 z późn. zm.) zwaną dalej Ustawą o obrocie bronią.

Ponadto, zapoznał się ze Sprawozdaniem z pomiarów z dnia 19.02.2008 r., jak i Protokołami przeprowadzenia oceny zgodności broni.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku drugiego Odwołującego, a winnym aspekcie także pierwszego Przystępującego, o powołanie biegłych w trybie art. 188 ust.4 Pzp na okoliczność ustalenia stanu faktycznego, wymagającego wiadomości specjalnych, odnośnie pierwszego zarzutu pierwszego Odwołującego ze wskazaniem ich pochodzenia

16

z Wojskowej Akademii Technicznej (zwanej dalej WAT), czy też uzyskanie opinii WAT-u poprzez odpowiednie zastosowanie przepisów KPC w trybie art. 184 ust.6 Pzp, uznając iż zarzut pierwszego Odwołującego w swej istocie sprowadza się do analizy warunku przedmiotowego, a nie badań dokonanych przez Zamawiającego i dlatego niniejszy wniosek został sformułowany dla zwłoki.

Odnośnie zarzutu pierwszego, pierwszego Odwołującego, tj. naruszenia: art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, poprzez wadliwe przyjęcie, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, skład orzekający Izby uznał, iż z uwagi na jego charakter, jak i charakter dalszych zarzutów należy odnieść się do niego po uprzednim rozpatrzeniu pozostałych zarzutów. Dopiero ewentualne uznanie zasadności dalszych zarzutów będzie wpływać na zarzut pierwszy. W przeciwnym razie, nawet uznanie pierwszego zarzutu z jednoczesnym nie uwzględnieniem dalszych zarzutów, będzie skutkowało brakiem interesu prawnego pierwszego Odwołującego, gdyż brak skutecznego podważenia wyboru oferty najkorzystniejszej spowoduje, iż pierwszy Odwołujący nie będzie miał żadnej możliwości tak prawnej, jak i faktycznej w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe wynika tak z ZP-11, jak i analizy wszystkich trzech kryteriów oceny ofert.

Odnośnie zarzutu drugiego, pierwszego i drugiego Odwołującego (zarzut wspólny), tj. naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp poprzez niewykluczenie Konsorcjum Bumar/Łucznik z uwagi na fakt nie wniesienia wadium przez tego Wykonawcę, czyli nieprawidłowego zabezpieczenia wadium oferty, co przejawia się: a) załączeniem do oferty niniejszego konsorcjum kopii pełnomocnictwa nie zawierającego dla pełnomocnika Konsorcjum uprawnienia do wniesienia wadium w jego imieniu, b) dołączeniem do oferty gwarancji wadialnej nie zawierającej czytelnego podpisu oraz imiennej pieczętki przedstawiciela gwaranta, c) przedłożeniu przez Konsorcjum gwarancji wadialnej wystawionej nie na Konsorcjum, lecz tylko i wyłącznie na Bumar Sp. z o.o., jako oferenta, skład orzekający Izby uznał, iż powyższy zarzut jest niezasadny. Podzielił w tym względzie stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 04.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 23/07.

Po pierwsze, błędne jest uznanie obu Odwołujących, iż dołączenie umowy konsorcyjnej z dnia 29.01.2008 r. przez drugiego Przystępującego w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego ma charakter niedopuszczalnego uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Skład orzekający Izby, zgadza się, że takie działanie byłoby niedopuszczalne, ale zauważa, iż przede wszystkim załączenie umowy niniejszej nie mogło być wymagane przez Zamawiającego na etapie składania ofert, gdyż stanowiłoby naruszenie art. 23 ust.4 Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, brak takiej umowy na etapie składania oferty

17

nie stanowi uchybienia, a ponadto jego przedłożenie w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego nie stanowi uzupełnienia oferty, gdyż nie można uzupełnić oferty o dokument, który nie był wymagany przez Zamawiającego (powyższe potwierdza dodatkowo Rozdz. XIII pkt 6 ppkt b SIWZ). Sytuacja, która zaistniała, kwalifikuje się jako przedłożenie z własnej

inicjatywy wyjaśnień do złożonej oferty przez Przystępującego w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego w ramach przytaczanej argumentacji. Ponadto, należy zauważyć iż nawet gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do faktu wiążącego charakteru złożonego dokumentu wadialnego względem drugiego Przystępującego, miał prawo wystąpić do niego o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym zarzut w aspekcie nie załączenia do oferty niniejszego Konsorcjum kopii pełnomocnictwa, nie zawierającego dla pełnomocnika Konsorcjum uprawnienia do wniesienia wadium w jego imieniu, należy uznać za chybiony. Czym innym jest pełnomocnictwo przedłożone w trybie art. 23 ust. 1 Pzp, a czym innym pełnomocnictwo do składania wadium w przedmiotowym postępowaniu. Nie można wyciągać skutków prawnych z daty pełnomocnictwa udzielonego w trybie art. 23 ust. 1 Pzp względem gwarancji wadialnej, gdyż kwestie tą reguluje umowa konsorcyjna, która nie musiała być załączana do oferty. Ponadto zasada odpowiedzialności solidarnej oraz sama treść gwarancji wadialnej, czynią niniejszy zarzut chybionym, o czym poniżej.

Po drugie, przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazuje rodzaj postępowania, którego dotyczy, tj. „na dostawę 9 mm pistoletów samopowtarzalnych – w ilości 25.701 kompletów” oraz warunki, odpowiadające treści art. 46 ust. 5 Pzp, po których ziszczeniu się beneficjent uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja ta, zabezpieczając ofertę w konkretnym postępowaniu tj. „ofertę na dostawę 9 mm pistoletów samopowtarzalnych – w ilości 25.701 kompletów”, nie uzależnia przy tym w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy Spółka Bumar Sp. z o.o. występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum.

Po trzecie, zgodnie z umową konsorcjum (§1 ust.3), lider Spółka Bumar Sp. z o.o jest umocowana do podejmowania działań w imieniu i na rzecz drugiego konsorcjanta we wszystkich sprawach związanych z ofertą, uzyskaniem i złożeniem wadium oraz umową. W gestii Lidera pozostaje zatem decyzja o podpisaniu umowy na warunkach określonych we wspólnej ofercie, obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i związane z odmową dokonania tych czynności ryzyko utraty wadium na rzecz Zamawiającego. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez Lidera Konsorcjum.

18

Okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona jest na Lidera Konsorcjum nie ma żadnego wpływu na prawo Zamawiającego do zatrzymania wadium (tak też Zespół Arbitrów w wyrokach z 27.04.2006r. sygn. akt. UZP/ZO/0-1178/06 i z 27.04.2006 r. sygn. akt. UZP/ZO/0-1146/06). Brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy partnera nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji.

Po czwarte, należy zważyć, że art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy odpowiednio. Takie uregulowanie uwzględnia istotę konsorcjum, które jest zawierany przez przedsiębiorców ad hoc porozumieniem celowym. Konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. Istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest to, że jest to umowa zawierana na rzecz osoby trzeciej, często bez jej wiedzy i zgody. Ma gwarantować zabezpieczenie interesów Zobowiązanego na wypadek gdyby w stosunku istniejącym pomiędzy nim, a beneficjentem gwarancji nastąpiły zdarzenia wymienione w gwarancji. Nie jest zatem tak, jak argumentowano podczas rozprawy, że gwarancja wadialna wywiera skutek tylko pomiędzy Zobowiązanym a Gwarantem.

Po piąte, istotne jest również, że gwarancja ubezpieczeniowa udzielona na rzecz Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest gwarancją bezwarunkową, charakteryzującą się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze wezwanie beneficjenta. Zapłata sumy gwarancyjnej nie zależy więc od tego, czy zasadne jest żądanie beneficjenta. Oświadczenie banku o udzieleniu gwarancji musi co najmniej wskazywać

beneficjenta gwarancji, zabezpieczony gwarancją rezultat, a także kwotę, którą zobowiązuje się zapłacić bank na rzecz beneficjenta (tzw. sumę gwarancyjną) (Pr. Bankowe, J. Pisuliński „Niektóre zagadnienia związane z gwarancją bankową”, teza nr 2).

Ponadto, należy przywołać zapisy art. 141 Pzp, zgodnie z którym Wykonawcy, o których mowa art. 23 ust. 1 Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający mógł wywieść z powyższego, że gwarancja zabezpiecza w sposób pełny jego interesy także w przypadku, gdy nie zostali w niej wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum. Art. 45 ust. 6 określa formy w jakich dopuszczalne jest wnoszenie wadium zabezpieczające ofertę, w żadnym z przepisów nie jest wymagane, by wniesione ono było przez konkretny podmiot.

19

W przedmiotowym postępowaniu również Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji. Nie wymagał również, aby wykonawcy składający wspólną ofertę wnosili wspólnie wadium. Należy także zauważyć, że zgodnie z art. 23 ust. 1-3 Pzp wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia. Wykonawcy tacy są zobowiązani ustanowić pełnomocnika, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, przepis art. 23 Pzp nie nakłada na wykonawców obowiązku wnoszenia wadium przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Z art. 23 Pzp wynika, że wykonawcy tacy powinni być traktowani jak jeden wykonawca. Zauważyć należy, że w umowie konsorcjum wskazano, że w sprawach nie uregulowanych niniejszą umową zastosowanie mieć będą przepisy KC (§ 6 umowy), czyli m.in. art. 366 KC odnoszący się do solidarności dłużników oraz, że w przypadku zawarcia umowy z Zamawiającym, umowa konsorcyjna ulegnie rozwiązaniu po ostatecznym rozliczeniu przedmiotu zamówienia i upływie terminu gwarancji i rękojmi (§ 3 ust. 1 umowy). Zgodnie z § 3 ust. 2 tej umowy strony ustaliły, iż Fabryka Broni Łucznik nie będzie uczestniczyć w postępowaniu samodzielnie. Ponadto strony oświadczyły, iż będą współpracować w celu zapewnienia finansowania przedmiotu umowy (§ 4 ust. 4 umowy). W świetle tych zapisów nie ma przeszkód by uznać (art. 366 i 370 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.), że członkowie Konsorcjum odpowiadali także za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników Konsorcjum, w tym lidera Konsorcjum. Złożenie oferty w postępowaniu jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 kc powodującego powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania z zawartej umowy. Powyższe potwierdza stanowisko doktryny, które w solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia upatruje konstrukcję korzystną dla Zamawiającego (patrz: "Zamówienia Publiczne – Doradca nr 10 z 2007 r. - J.E. Nowicki, Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia – str. 39"). W ocenie Izby, oferta została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo iż w jej treści uwidoczniona została tylko Spółka Bumar Sp. z o.o. W tym zakresie Izba podziela stanowiska Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. sygn. akt: II Ca 489/06 i Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005 r. sygn. akt: VI Ca 527/05. W aspekcie wymaganej formy gwarancji wadialnej, tzn. niemożności identyfikacji gwaranta w zakresie imienia i nazwiska osoby podpisującej;

20

pierwszy Odwołujący podczas rozprawy cofnął niniejszy zarzut, w związku z powyższym nie był on przedmiotem rozpatrywania przez członków KIO.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp poprzez brak w formularzu ofertowym wpisanej ceny netto, mimo że zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem formularza ofertowego Zamawiający postawił taki wymóg, jak również

za z treścią nieprawidłowości związanych z poświadczeniem

zgodność (zgodnie

podtrzymaną w odwołaniu), skład orzekający Izby, uznał ten zarzut za niezasadny.

W wypadku braku w formularzu ofertowym wpisanej ceny netto, mimo że zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem formularza ofertowego (zarzut postawiony wyłącznie przez pierwszego Odwołującego) Zamawiający postawił taki wymóg, należy zauważyć, iż zgodnie z § 2 pkt 1 zd.2 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) - kwota ta (wartość przedmiotu umowy określonego w § 1) obejmuje wszystkie koszty z uwzględnieniem podatku od towaru i usług VAT, innych opłat i podatków, opłat celnych, kosztów opakowania oraz ewentualnych kosztów upustów i rabatów, a także kosztów szkolenia i dostaw (transportu) do magazynu Zamawiającego, czyli określił wartość przedmiotu umowy jako cenę ryczałtową. Zgodnie z art. 88 Pzp niedopuszczalne jest poprawianie omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny winny sposób niż określony w tym przepisie, a w szczególności niedopuszczalne jest poprawianie omyłek związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług (podatek VAT) lub sumowaniem kwoty podatku i ceny netto (Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z 08.12.2005 r., sygn. akt: VII Ca 881/05). Zamawiający nie może jednak odrzucić ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z powodu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, jeżeli jest to cena ryczałtowa, a w stawka VAT nie jest błędna. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć, że przy jej obliczaniu nastąpiły omyłki rachunkowe, to Zamawiający, na podstawie art.88 pkt.3 lit. a) Pzp, zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową jako prawidłową (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.10.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-2891/05). W przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się bowiem, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia (art.88 pkt.3 lit. a) Pzp). Jeżeli więc wykonawca w swojej ofercie podał cenę ryczałtową netto i brutto, to w takiej sytuacji należało uznać, że cena brutto została podana prawidłowo pomimo że wykonawca błędnie obliczył VAT (Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z 08.12.2005 r., sygn. akt: VII Ca 881/05). W przedmiotowym stanie faktycznym, została podana nie tylko cena oferty brutto, ale także prawidłowa, tak stawka i wartość podatku VAT, w związku z powyższym argumentacja Odwołującego podana na rozprawie, iż brak ceny oferty netto uniemożliwia weryfikację złożonej oferty i stwierdzenie, istnienia przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp należy uznać za

21

chybione. Odnośnie kwestii, czy brak ceny oferty netto stanowi przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność merytoryczną z treścią SIWZ, należy w pierwszej kolejności podważyć zasadność powołania się przez Odwołującego na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.10.2002 r., sygn. akt: V Ca 1015/02. Przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w brzmieniu obowiązującym od wejścia w życie Pzp w 2004 r., nie jest tożsamy z jego wcześniejszym brzmieniem pod rządami poprzedniej ustawy. Powyższe zostało w sposób nie budzący wątpliwości wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie i doktrynie. W tym aspekcie, konieczne jest ustalenie, czy ma miejsce niezgodność o charakterze formalnym, czy też merytorycznym, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów. Należy uznać, biorąc pod uwagę, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z ceną ryczałtową, jak i analizując art. 66 Kc w związku z art. 14 Pzp, iż cena oferty netto w tym postępowaniu, w tym stanie faktycznym nie stanowi essentiala negocjacji przyszłej umowy, istotna jest bowiem dla Zamawiającego wartość przedmiotu umowy, czyli wartość brutto.

W odniesieniu do nieprawidłowości, związanych z poświadczeniem za zgodność z oryginałem kopii przedłożonych dokumentów (zarzut podniesiony tak przez pierwszego, jaki i drugiego Odwołującego), należy zauważyć, iż na str. 6 SIWZ - Wymagana forma składanych dokumentów (tabelka), brak jest wymogu formalnego nakazującego stawianie pieczętki za zgodność z oryginałem na przedłożonych kopiach. Mówi się tylko o kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, ponadto stwierdza się, iż wszelkie czynności Wykonawcy, związane ze złożeniem wymaganych dokumentów (w tym m.in. składanie oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy, poświadczanie kserokopii dokumentów za zgodność z oryginałem) muszą być dokonywane przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy, poświadczenie zaś za zgodność z oryginałem winno być sporządzone w sposób umożliwiający identyfikację podpisu (np. wraz z imienną pieczętką osoby poświadczającej kopię dokumentów za zgodność z oryginałem). Ponadto, zarzut poświadczenia części dokumentów przez podmiot, którego one nie dotyczą, nie zaś przez osobę umocowaną przez konsorcjum do dokonania tej czynności, należy rozpatrzyć biorąc

pod uwagę odpowiedzi na pytania z dnia 04.02.2008 r., które nie pozostawały bez wpływu na przedmiotową sytuację („Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów określonych w pkt. VII SIWZ ust. 1, 2 i 4-6 może dokonać pełnomocnik konsorcjum lub jego pełnomocnik, jeśli w zakresie pełnomocnictwa znajduje się upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw, lub osoby upoważnione do reprezentowania wykonawców wchodzących w skład konsorcjum tylko w zakresie dokumentów dotyczących tych wykonawców - odpowiedź na pytanie nr 3”), jak również fakt, iż wszystkie strony (karty) oferty podpisał pełnomocnik konsorcjum p. Tomasz Niża. Z faktu zastosowania się przez uczestnika postępowania do zalecenia Zamawiającego nie można czynić zarzutu, zwłaszcza iż niniejsze zalecenie nie było przedmiotem zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej. Nawet

22

abstrahując od tego faktu należy zauważyć, iż nie stanowiłoby to przesłanki odrzucenia oferty wybranej, a co najwyżej okoliczność stanowiącą przesłankę żądania przez Zamawiającego uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wadliwości koncesji (zarzut podniesiony wyłącznie przez drugiego Odwołującego), skład orzekający Izby uznał, iż także powyższy zarzut jest niezasadny. Na wstępie należy zauważyć, że bez względu na dopuszczalność co do zasady uznania za spełniony warunek art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, jeżeli zezwolenie na wykonywanie określonej działalności będą posiadały tylko te podmioty, które będą wykonywały część zamówienia objętego wymogiem zezwolenia na podstawie odrębnych przepisów prawa. W stosunku do pozostałych podmiotów-członków konsorcjum, stawianie takiego wymogu nie jest konieczne. (...) Należy jednakże uznać, za orzecznictwem sądów, za dopuszczalne wymaganie posiadania odpowiednich uprawnień przez wszystkich członków konsorcjum (orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 05.03.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 34/07 oraz z dnia 18.12.2006 r., sygn. akt: XIX Ga 520/06). W doktrynie powyższą kwestię sugeruje się rozstrzygać w zależności od przedmiotu zamówienia, przyszłej umowy. Zwraca się także uwagę, iż bez względu na odpowiednie postanowienia umowy konsorcjum, nie mogą one wyłączać odpowiedzialności solidarnej jej członków, bowiem została ona uregulowana ustawowo (art. 141 Pzp oraz 366 KC w zw. z art. 14 Pzp). W świetle ustawy, podmiotami odpowiedzialnymi za wykonanie umowy konsorcjum, a zatem i ich wykonawcami, są wszyscy członkowie konsorcjum (patrz: Odpowiedź na pytanie 6 zgłoszone przez miasto Wrocław – w ramach odpowiedzi na pytania zgłoszone przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. - źródło strona internetowa UZP: <http://www.uzp.gov.pl>). W przedmiotowym stanie faktycznym, zasadne jest, zważywszy, iż chodzi o koncesje na obrót materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, czyli koncesje na obrót i handel bronią, aby wszyscy członkowie konsorcja legitymowali się stosownym dokumentem. Wbrew jednak twierdzeniom drugiego Odwołującego, Zamawiający nie mógł nałożyć na uczestników postępowania przetargowego większych wymogów, niż takie które wynikają z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W spornej kwestii aktualności przedłożonej koncesji, Zamawiający, zgodnie z powyższym, w odpowiedzi na pytanie nr 5 stwierdził, iż „przepisy regulujące wydawanie, zmiany, cofnięcie oraz zakres danych zawartych w koncesji reguluje ustawa 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 (Dz. U. z 2001 r., Nr 67, poz. 679 z późn. zm.). Zamawiający wymaga, aby koncesja dołączona do oferty, spełniała wymagania określone w ww ustawie”. Ustawodawca określił, iż Przedsiębiorca,

23

który uzyskał koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1, jest obowiązany m.in. zawiadomić organ koncesyjny, w terminie 14 dni, o zmianach stanu faktycznego i prawnego w zakresie danych zawartych we wniosku o wydanie koncesji i w dokumentach stanowiących załączniki do tego wniosku, powstałych po dniu wydania koncesji (Art. 15 pkt. 3 Ustawy o obrocie bronią). Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający, określając wymogi takie, jak Ustawodawca, zgodził się na to, aby uczestnicy postępowania przetargowego złączyli do

oferty koncesję, której dane mieszczą się we wskazanym wyżej 14 dniowym okresie, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym (zmiana z dnia 31.01.2008 r., termin składania ofert 06.02.2008 r.). Wymaganie dołączenia wniosku o zmianę danych byłoby żądaniem nieuzasadnionym, m.in. z uwagi na nieupłynięcie 14 dniowego terminu (art. 155 kpa oraz 59 ustawy z dnia 02.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej – Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 180 z późn. zm.); poza tym taki wymóg wiązałby się z koniecznością dołączenia wszystkich określonych ustawą załączników, co czyni niniejsze dodatkowo nieracjonalnym (art. 12 Ustawy o obrocie bronią). Ewentualnie, gdyby kwestia niniejsza nie była przedmiotem odpowiedzi na pytania, Zamawiający mógł zwrócić się o stosowne wyjaśnienia (z uwagi na pismo wyjaśniające ze str. 21 oferty) do wykonawcy w trybie art. 87 ust.1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, co jednakże w tym stanie faktycznym nie było konieczne.

W odniesieniu do zarzutu, iż pełnomocnictwo p. Tomasza Nity zostało udzielone przez zarząd Spółki Bumar Sp. z o.o., a nie przez Spółkę Bumar Sp. z o.o. (zarzut podniesiony wyłącznie przez drugiego Odwołującego), skład orzekający Izby, zgodnie z postanowieniem zawartym w protokole posiedzenia, podtrzymuje swoje stanowisko, iż pełnomocnictwo udzielone w ten sposób jest ważne. Zgodnie z art. 38 kc osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w oparciu o jej statut. Skład orzekający Izby uznał, iż Konsorcjum Bumar/Lucznik zastosowało się w tym względzie do odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 04.02.2008 r.: „Ofertę musi podpisać umocowany pełnomocnik konsorcjum lub jego pełnomocnik, jeśli w zakresie pełnomocnictwa znajduje się upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Oferta może być również podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Przy czym podpisy powinny być złożone w imieniu każdego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum”.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał, zarzut naruszenia art. 7 Pzp, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za nie znajdujący potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym.

24

Odnośnie zarzutu pierwszego, pierwszego Odwołującego, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez wadliwe przyjęcie, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, skład orzekający Izby stwierdził, iż mimo uznania jego zasadności, nie potwierdził się zarzutów w stosunku do wybranej oferty najkorzystniejszej, czyni powyższy stan rzeczy bez znaczenia dla przedmiotowego postępowania. W tym przypadku, żeby można było mówić o istnieniu interesu prawnego, koniecznym jest, by dany wykonawca był nadal uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także by składane przez niego środki ochrony prawnej dawały mu możliwość uzyskania zamówienia. (.....). O braku interesu prawnego, a zatem braku legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej można mówić również w sytuacji, gdy „Wykonawca zajmujący w rankingu ofert trzecie miejsce bądź nie kwestionuje wszystkich ofert znajdujących się przed nim w rankingu, bądź też, gdy pomimo jego zarzutów do treści tych ofert, w ocenie organu orzekającego nie potwierdzają się one (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski; Analiza wyroków ..., s. 13). Wówczas bowiem, nawet w sytuacji uwzględnienia zarzutów, podmiot wnoszący środki ochrony prawnej nie miałby możliwości uzyskania zamówienia (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-20/07, UZP/ZO/0-21/07). W przedmiotowym stanie faktycznym, nie zmienia tego nawet fakt, iż Zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert; w kryterium cenowym oferta pierwszego Odwołującego cenowo zajmuje drugie miejsce po ofercie wybranej, w kryterium gwarancji zaoferowała taką samą gwarancję jak pozostali uczestnicy, a w kryterium masy zaoferowała broń o wadze trzeciej w kolejności (zgodnie ze Sprawozdaniem z pomiarów z dnia 19.02.2008 r. – wszystkie załączone wzory broni spełniają wymagania określone w SIWZ).

Jednakże, z uwagi na konieczność uzasadnienia stanowiska merytorycznego w przedmiotowej kwestii, skład orzekający Izby, pragnie wyjaśnić, iż po pierwsze nie uwzględnił wniosku dowodowego drugiego Odwołującego (w tym zakresie pierwszego Przystępującego), o którym była mowa na wstępie, gdyż uznał, że w SIWZ nie było zapisu, który byłby podstawą odrzucenia oferty pierwszego Odwołującego. Twierdzenia

Zamawiającego, jak i drugiego Przystępującego, że SIWZ nie musiała określać pewnych zapisów, gdyż z zasady logiki wynikało, aby mechanizm (funkcja blokady) zabezpieczał przed pozyskaniem broni przez osobę nieuprawnioną. Izba uznała za nie znajdujący podstaw w omawianym stanie faktycznym. Powoływanie się w tym zakresie na SIWZ oraz na funkcjonalny, celowościowy opis przedmiotu zamówienia jest błędne. Skoro w jednym miejscu załącznika nr 1 i 2 do SIWZ pkt 19 „Opis przedmiotu zamówienia” lit. h) Zamawiający zapisał, iż ładownica na magazynek musi być wyposażona w system zabezpieczający magazynek przed wypadnięciem, co także jest logiczną funkcją, jaką musi posiadać broń, to

25

tak samo powinien napisać w lit. e, że kabura musi posiadać uchwyt wypinający broń z funkcją blokady, umożliwiającą odblokowanie i zwolnienie mechanizmu zabezpieczającego jednym ruchem, zastrzegając, aby mechanizm zabezpieczający zabezpieczał przed pozyskaniem broni przez osobę nieuprawnioną do jej posiadania i wypadnięciem. Powyższe świadczy o niekonsekwencji Zamawiającego w zapisach przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy zauważyć, iż w SIWZ nie ma zapisów świadczących o tym, iż Zamawiający będzie poddawał załączoną do oferty broń testom. Przeprowadzone podczas rozprawy oględziny pistoletu zapiętego w kaburze potwierdziły, iż sposób zapięcia zabezpieczenia jest odmienny, w przypadku Zamawiającego i pierwszego Odwołującego. Należy uznać, iż stanowisko Zamawiającego, że oparł swój sposób zapięcia zabezpieczenia na materiałach załączonych przez pierwszego Odwołującego, które uznał za instrukcję, wymaganą zgodnie z pkt.18 załącznika nr 1 i 2 (ukompletowanie) lit. c) stanowi tylko dodatkowe potwierdzenie, iż brak zapowiedzi poddania załączonej broni testom (Protokół przeprowadzenia oceny zgodności broni) doprowadził do sytuacji, gdy Zamawiający zasugerował się materiałami załączonymi do oferty, które miały charakter poglądowy, jak stwierdził pierwszy Odwołujący i wskazywały sposób zapięcia zabezpieczenia odmienny od prawidłowego. Fakt, iż podczas oględzin połączonych z próbą wyciągnięcia broni z kabury przez osobę trzecią, tak przy zapięciu mechanizmu zabezpieczającego w sposób zaprezentowany przez Zamawianego (na tylnej części pistoletu), jak i w sposób zaprezentowany przez pierwszego Odwołującego (za tylną częścią pistoletu) przy kaburze przymocowanej na pasku użytkowanym przez Zamawiającego, broń tą udało się wyciągnąć, w drugim wypadku za drugim razem, nie wpływa na przedstawiony powyżej stan rzeczy. Niniejsze stanowi tylko dodatkowy argument do precyzyjnego określania przedmiotu zamówienia oraz uprzedzania Wykonawców o celu załączania w tym wypadku wzorów broni.

W związku z nie potwierdzeniem zarzutów naruszenia art. 7 Pzp, art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 Pzp, art.22 ust.1 pkt 1 Pzp, jak i art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp, art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 8 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3000 zł. brutto.

26

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić

27