Sygn. akt V Ca 903/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 maja 2008r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Bożena Miśkowiec
Sędzia SSO Waldemar Beczek

Sędzia SSO Maria Dudziuk 2 **4** 0 / 2008

Protokolant apl. sąd. Anna Wilczyńska *a q q*

po rozpoznaniu w dniu 20 maja 2008r. w Warszawie

na rozprawie ~ ____ ~ ___ ~ **, W F Ł V** N **.Ł O**

sprawy ze skargi NAT IMPORT - EXPORT Leszek Cichock~~i" z siedzibą w Warsgww» - oraz~~
ze skargi PHZ Cenzin Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

przeciwko zamawiającemu Komendzie Głównej Policji w Warszawie
z udziałem Konsorcjum firm: BUMAR Sp. z o. o. w Warszawie i Fabryki Broni Łucznik - Radom Sp. z o. o. w Radomiu interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 31 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP223/08
KIO/UZP231/08

1. oddala obie skargi

2. zasadza od NAT IMPORT - EXPORT Leszek Cichocki z siedzibą w Warszawie po 1200,00 zł (jeden tysiąc dwieście) na rzecz Komendy Głównej Policji w Warszawie oraz na rzecz Konsorcjum firm: BUMAR Sp. z o. o. w Warszawie i Fabryki Broni Łucznik - Radom Sp. z o. o. w Radomiu oraz od PHZ CENZIN Sp. z o. o. w Warszawie po 1200,00 zł (jeden tysiąc dwieście) na rzecz Komendy Głównej Policji w Warszawie oraz na rzecz Konsorcjum firm : BUMAR Sp. z o. o. w Warszawie i Fabryki Broni Łucznik - Radom Sp. z o. o. w Radomiu tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesionymi skargami.

3. zasądza od NAT IMPORT - EXPORT Leszek Cichocki w Warszawie oraz od PHZ CENZIN spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Konsorcjum firm: BUMAR Spółki z ograniczona odpowiedzialnością w Warszawie i Fabryki Broni Łucznik - Radom spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu po 300 (trzysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania - wpisu od interwencji ubocznej.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

P E FE R ENB^stAŹ YS TA
$K^{amil<}{}_{rfBetkh_{Ws}k_a}$

Sygn. akt V Ca 903/08

ODPIS

\

»'j UZASADNIENIE

■>/

/

Wyrokiem z dnia 31 marca 2008 r., w sprawie KIO/UZP 223/08 KIO/UZP 231/08 po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2008 r. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez: NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa i PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Komendy Głównej Policji w Warszawie protestów NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki, Warszawa i PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, przy udziale Konsorcjum firm: Bumar Sp. z o.o., Fabryka Broni Łucznik - Radom Sp. z o.o., Warszawa i PHZ Cenzin Sp. z o.o., Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania, kosztami postępowania obciążając NAT IMPORT - EXPORT Leszek Cichocki.

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 pieczątki przedstawiciela gwaranta, c) przedłożenia 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.

Po pierwsze jak wskazała Izba, błędnie uznało obu Odwołujących, iż dołączenie umowy konsorcyjnej z dnia 29.01.2008 r. przez drugiego Przystępującego w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego miało charakter niedopuszczalnego uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Skład orzekający Izby zgodził się, że takie działanie byłoby niedopuszczalne, ale zauważył, 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, jak podniesiono nie stanowił uchybienia, a ponadto jej przedłożenie w

toku postępowania protestacyjno - odwoławczego nie stanowiło uzupełnienia oferty, gdyż niezamożna uzupełnić oferty o dokument, który nie był wymagany przez Zamawiającego. ■ j

Sytuacja, która zaistniała, kwalifikowała się natomiast jako przedłożenie z własnej/

• V'

inicjatywy wyjaśnień do złożonej oferty przez Przystępującego w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego. Ponadto jak zauważyła Izba, 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 Konsorcjum kopii pełnomocnictwa, nie zawierającego dla pełnomocnika Konsorcjum uprawnienia do wniesienia wadium w jego imieniu, należało uznać za chybiony. Czym innym jest bowiem pełnomocnictwo przedłożone w trybie art. 23 ust.l Pzp, a czym innym pełnomocnictwo do składania wadium w przedmiotowym postępowaniu. Nie można, jak wskazała nadto Izba, 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, czyniły niniejszy zarzut chybionym.

Po drugie, przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazywała rodzaj postępowania, którego dotyczyła, tj. „na dostawę *9 mm* pistoletów samopowtarzalnych -w ilości 25.701 kompletów" oraz warunki odpowiadające treścią art. 46 ust. 5 Pzp, po ziszczeniu których beneficjent uprawniony mógł być 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 uzależniała przy tym w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności, czy Spółka Bumar Sp. z o.o. występowała jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum.

Po trzecie, zgodnie z umową konsorcjum (§1 ust.3), lider Spółka Bumar Sp. z o.o została 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 pozostawała 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 stałaby się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to w ocenie Izby sytuacja ta byłaby równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez Lidera Konsorcjum. Okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona została na Lidera

/^Konsorcjum nie miała natomiast wpływu na prawo Zamawiającego do zatrzymania wadium,

itf^rak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy partnera nie miał znaczenia dla

/ oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji.

3 /

2^ Po czwarte, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, 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 zatem istotę konsorcjum, które jest zawieranym 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 natomiast 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 ona 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, jak wskazała Izba, istotne było również to, że gwarancja ubezpieczeniowa udzielona na rzecz Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, stanowiła gwarancję bezwarunkową, charakteryzującą się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej mogłaby nastąpić na pierwsze wezwanie beneficjenta. Zapłata sumy gwarancyjnej nie zależy więc od tego, czy zasadne było żądanie beneficjenta, a oświadczenie banku o udzieleniu gwarancji musi co najmniej wskazywać beneficjenta gwarancji, zabezpieczony gwarancją rezultat, a także kwotę, którą zobowiązywał się zapłacić bank na rzecz beneficjenta (tzw. sumę gwarancyjną).

Ponadto w myśl zapisów art. 141 Pzp, Wykonawcy, o których mowa art. 23 ust. 1 Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia

należytego wykonania umowy. Zamawiający mógł zdaniem Izby 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 określający zaś formy w jakich dopuszczalne jest wnoszenie wadium zabezpieczające ofertę nie wymaga, by wniesione ono było przez konkretny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu jak podniosła Izba, również Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji. Nie wymagał również, aby wykonawcy składający wspólną ofertę wnosili wspólnie wadium. Należało jednak 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 odpowednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, przepis art. 23 Pzp nie nakładał na wykonawców obowiązku wnoszenia wadium, przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

A zatem wykonawcy tacy powinni być traktowani jak jeden Avykonawca (art. 23 Pzp). 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 postanowienie, że w przypadku zawarcia umowy z Zamawiającym, umowa konsorcyjna ulegnie rozwiązaniu po ostatecznym rozliczeniu przedmiotu zamówienia i upływie terminu gwarancji i rękojmi (§ 3 ust.l 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 było w ocenie Izby 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 ponosili konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stałoby się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z uczestników Konsorcjum, w tym lidera Konsorcjum. Złożenie oferty w postępowaniu było bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 kc powodującego powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania z zawartej umowy. Zdaniem Izby, oferta została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy pomimo, iż w jej treści uwidoczniona została tylko Spółka Bumar Sp. z o. o. W aspekcie wymaganej formy gwarancji wadialnej, tzn. niemożności identyfikacji gwaranta w zakresie imienia i nazwiska osoby podpisującej; 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 nieprawidłowości związanych z poświadczeniem za zgodność, skład orzekający Izby, uznał ten zarzut za niezasadny.

W wypadku bowiem braku w formularzu ofertowym wpisanej ceny netto, mimo że zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem formularza ofertowego Zamawiający postawił taki

\ymóg, należy zauważyć jak podniosła Izba, iż zgodnie z § 2 pkt 1 zd.2 projektu umowy -(załącznik nr 5 do SIWZ) - kwota ta (wartość przedmiotu umowy określonego w § 1),

•zopejmuje wszystkie koszty z uwzględnieniem podatku od towaru i usług VAT, inne opłaty i v/podatki, opłaty celne, koszty opakowania oraz ewentualne koszty upustów i rabatów, a także koszty szkolenia i dostaw (transportu) do magazynu Zamawiającego, czyli określił wartość przedmiotu umowy jako cenę ryczałtową. Izba wskazała również na treść art. 88 Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest poprawianie omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny w inny 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. 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. 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.W przedmiotowym stanie faktycznym, została podana natomiast nie tylko cena oferty brutto, ale także prawidłowa stawka i wartość podatku VAT, w związku z powyższym argumentacja Odwołującego podana na rozprawie, iż brak ceny oferty netto uniemożliwiał weryfikację złożonej oferty i stwierdzenie istnienia przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, była chybiona. Odnośnie kwestii, czy brak ceny oferty netto stanowił przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność merytoryczną z treścią SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w związku z tym, iż w przedmiotowej sprawie występowała cena ryczałtowa, cena oferty netto w tym postępowaniu, nie stanowiła essentialia negotii przyszłej umowy,

istotna dla Zamawiającego była bowiem 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, jak i drugiego Odwołującego), należy zauważyć, jak wskazała Izba, iż na str. 6 SIWZ - Wymagana forma składanych dokumentów (tabelka), brak jest wymogu formalnego nakazującego stawiania pieczątki 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 by\ sporządzone w sposób umożliwiający identyfikację podpisu (np. WTaz z imienną pieczątką osoby poświadczającej kopię dokumentów za zgodność z oryginałem). Ponadto, zarzut poświadczenia części dokumentów przez podmiot, którego one nieś dotyczą nie zaś przez osobę umocowaną przez konsorcjum do dokonania tej czynności, Izba rozpatrzyła biorąc pod uwagę odpowiedzi na pytania z dnia 04.02.2008 r., które jej zdaniem 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 -odpowiedz na pytanie nr 3"). Stwierdziła przy tym, że 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.

W odniesieniu do zarzutu wadliwości koncesji (zarzut podniesiony wyłącznie przez drugiego Odwołującego), skład orzekający Izby uznał go za niezasadny. Bez względu bowiem na dopuszczalność co do zasady uznania za spełniony warunek art. 22 ust.1 pkt 1 Pzp, zezwolenie na wykonywanie określonej działalności posiadają 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 zaś konieczne (....). W świetle ustawy, podmiotami odpowiedzialnymi za wykonanie umowy konsorcjum, a zatem i ich wykonawcami, są wszyscy członkowie konsorcjum. W przedmiotowym stanie faktycznym, jak podniosła Izba, 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 zasadne było by 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 odpovńedzi, 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 w/w ustawie". Ustawodawca określił, iż Przedsiębiorca, 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 załączyli 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 natomiast 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 czyniłoby 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, podtrzymał swoje stanowisko, iż pełnomocnictwo udzielone w ten sposób jest ważne. Zgodnie bowiem z art. 38 kc osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w oparciu o jej statut. Skład orzekający Izby stwierdził, iż Konsorcjum Bumar/Łucznik 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/ ,j wchodzących w skład konsorcjum". ;

*?<

Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał, zarzut naruszenia art. 7 Pzp, czyfvV

'X*.'

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.

Odnośnie zarzutu pierwszego, pierwszego Odwołującego, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez wadliwe przyjęcie, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, skład orzekający Izby wywiódł, iż mimo uznania jego zasadności, nie potwierdzenie się zarzutów w stosunku do wybranej oferty najkorzystniejszej, czyniło powyższy stan rzeczy bez znaczenia dla przedmiotowego postępowania. W tym przypadku, żeby można było w ogóle mówić o istnieniu interesu prawnego, koniecznym było, 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 zaś mówić 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. Wówczas bowiem, nawet w sytuacji uwzględnienia zarzutów, podmiot wnoszący środki ochrony prawnej nie miałby możliwości uzyskania zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym, nie zmienił tego nawet fakt, iż Zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert; w kryterium cenowym oferta pierwszego Odwołującego cenowo zajmowała drugie miejsce po ofercie wybranej, w kryterium gwarancji zaoferowała taką samą gwarancje 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 wyjaśnił, iż po pierwsze nie uwzględnił wniosku dowodowego drugiego Odwołującego (w tym zakresie pierwszego Przystępującego), 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 znajdujące podstaw w omawianym stanie faktycznym. Powoływanie się w tym zakresie ha SIWZ oraz na funkcjonalny, celowościowy opis przedmiotu zamówienia uznała za błędne. Skoro w jednym miejscu załącznika nr 1 i 2 do SIWZ pkt 19 „Opis przedmiotu zamówienia" zlit. 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 samo powinien napisać w lit. e, że kabura musi posiadać uchwyt wypinający broń z funkcją blokady, umożliwiającą odblokowanie i zwolnienie mechanizmu zabezpieczającego zastrzegając, aby mechanizm zabezpieczający zabezpieczał przed pozyskaniem broni przez osobę nieuprawnioną do jej posiadania i wypadnięciem. Powyższe świadczyło zatem o niekonsekwencji Zamawiającego w zapisach przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo jak wskazała Izba należało zauważyć, iż w SIWZ nie było 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. Należało uznać zatem, 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) stanowiło 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. Natomiast 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 wpłynął na przedstawiony powyżej stan rzeczy. Niniejsze stanowiło 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. z2007r. Nr 223,poz. 1655). \

■ V'

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniósł NAT IMPORT - EXPORT x Leszek Cichocki, zaskarżając go w całości i wnosząc o zmianę całego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2008 r. poprzez uwzględnienie w całości wniesionego odwołania oraz o zwrot kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą od Zamawiającego tj. Komendy Głównej Policji.

Skarżący zarzucił wyrokowi rażące naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, w tym naruszenie przepisów o postępowaniu odwoławczym, a w szczególności:

a. art. 7 pzp zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

b. art. 191 ust. 3 pzp zobowiązującego Krajową Izbę Odwoławczą do rozpatrzenia wszystkich zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu oraz do wzięcia pod uwagę z urzędu okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia postępowania,

c. art. 89 ust, 1 pkt 2 pzp, poprzez nieuwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez Skarżącego oferty,

d. art. 190 ust. 2 pzp zobowiązującego Krajową Izbę Odwoławczą do wzięcia pod uwagę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania,

e. art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, poprzez nieuwzględnienie zarzutu Skarżącego dotyczącego zaniechania wykluczenia oferty Konsorcjum Bumar/ Fabryka Broni Łucznik z uwagi na fakt niewniesienia wadium przez Konsorcjum,

f. art. 23 pzp w zw z art. 141 pzp w zw. z art. 14 pzp w zw z art. 366 k.c. w zw. z art. 370 k.c. poprzez niezgodne z przepisami prawa rozszerzenie solidarnej odpowiedzialności na czynność wniesienia wadium,

g. art. 89 ust, 1 pkt 2 i 8 pzp. poprzez nieuwzględnienie zarzutu Skarżącego dotyczącego zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Bumar/Fabryka Broni Łucznik jako niezgodnej z SIWZ oraz nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżyła w całości również PHZ CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucając orzeczeniu:

a-.- rażące naruszenie prawa materialnego tj. art. 23 ust. 1,2,3,4, w zw. art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych przejawiające się w bezpodstawnym uznaniu i sUcsumcji stanu faktycznego pod wskazaną normę prawną art. 23 Prawa zamówień

^publicznych, wyrażające się w przyjęciu, że gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona przez konsorcjum Bumar sp. z o.o. oraz Fabryka Broni „Łucznik" Radom sp. z o.o. spełnia wymogi stawiane przez SIWZ oraz przepisy Prawa zamówień publicznych, w sytuacji gdy gwarancja w ocenie skarżącego nie została wniesiona przez konsorcjum, co winno było przejawiać się w wykluczeniu z udziału w postępowaniu konsorcjum wyżej wymienionych spółek.

b. naruszenie prawa materialnego tj. art. 23 ust 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych polegające na bezpodstawnym podciągnięciu stanu faktycznego pod wyżej wymienioną normę prawną wyrażającą się w przyjęciu przez Krajową Izbę Odwoławczą, że „złożenie dokumentu umowy konsorcjum kwalifikuje się jako przedłożenie z własnej inicjatywy, do złożonej oferty w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego - w ramach przytaczanej argumentacji", w sytuacji gdy art. 23 ust. 4 Prawa zamówień publicznych określa możliwość żądania przez zamawiającego dopiero przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych

wykonawców (umowę konsorcjum).

c. zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 23 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych polegający na błędnym podciągnięciu stanu faktycznego sprawy pod ww. normę prawną co wyraża się w błędnym przyjęciu, że „solidarna odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy dawała Zamawiającemu prawo do wyciągnięcia z powyższego wniosku, że gwarancja zabezpiecza w sposób pewny jego interesy, także w przypadku gdy nie zostali w niej wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum", w sytuacji gdy art. 23 ust. 3 stwierdza, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się do wykonawców o których mowa w ust. 1 tj. wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia co powoduje, że gwarancja ubezpieczeniowa winna być w ocenie skarżącego wystawiona wspólnie na dwóch członków konsorcjum, czego brak w stanie faktycznym oraz zarzucając błąd w argumentacji Krajowej Izby Odwoławczej, że Zamawiający w SIWZ nie określił zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji, gdyż zasady zostały określone poprzez art. 23 Prawa zamówień publicznych, co nie oznaczało, że każdy konsorcjant winien wnosić wadium, ale oznacza to, że gwarancja ubezpieczeniowa winna być wystawiona w swoim brzmieniu na oba podmioty uczestniczące w konsorcjum.

d. zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 23 ustawy - Prawo zamówień publicznych polegający na niewłaściwym zastosowaniu art. 23 ust. 1-4 ustawy -Prawo zamówień publicznych a wyrażający się w tym, iż Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że koncesje" złożone przez konsorcjum wymienione na wstępie spełniają wymagania określone w SIW^j w sytuacji gdy art. 23 Prawa zamówień publicznych został zastosowany nieprawidłoWo\Lr- nastąpiło naruszenie pkt VII ust. 3 SIWZ.

e. zarzut naruszenia art. 15 pkt 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybucho wymi, bronią, amunicją oraz wyborami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. 2001, nr 67, poz. 679 z późn. zm.) polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że obowiązek zawiadomienia organu koncesyjnego 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 stanowi spełnienie wymogu aktualności koncesji w stanie faktycznym, w sytuacji gdy art. 15 pkt 3 wyżej wymienionej ustawy dotyczy tylko i wyłącznie relacji pomiędzy organem koncesyjnym, a podmiotem posiadającym koncesję, podczas gdy w stanie faktycznym i prawnym sprawy na tle SIWZ i art. 22 ust i pkt i Prawo zamówień publicznych chodzi o aktualną koncesję, czyli zgodną ze stanem faktycznym na datę złożenia oferty. W ocenie skarżącego jak podniósł - nie można utożsamiać terminu 14-dniowego z art. 15 pkt 3 wymienionej ustawy z aktualną koncesją dla potrzeb konkretnego zamówienia, o którym mowa w stanie faktycznym. Dodatkowo skarżący zaznaczył, że pismo wyjaśniające ze strony 21 oferty konsorcjum Bumar Sp. z o.o. oraz Fabryka Broni „Łucznik" Radom sp. z o.o. nie dało odpowiedzi na postawione tam pytanie.

f. rażące naruszenie prawa materialnego tj. art. 23 ust. 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażające się w błędnym przyjęciu, że dokumenty składane przy ofercie przez konsorcjum, są prawidłowo poświadczone za zgodność z oryginałem na przedłożonych kopiach, w sytuacji gdy konsorcjum miało ustanowionego pełnomocnika i to on powinien potwierdzić za zgodność dokumenty, które załączone były w poczet oferty.

Mając powyższe na uwadze skarżący wniósł o zmianę zaskarżanego wyroku poprzez jego uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez:

1. unieważnienie czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum firm Bumar Sp. z o.o. oraz Fabrykę Broni ŁUCZNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu za najkorzystniejszą oraz czynności wyboru danej spółki na wykonawcę przedmiotu zamówienia;

2. nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania czynności ponownej oceny ofert;

kluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Bumar Sp. z o.o. oraz Fabryki Broni ZNIK Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez w/w Konsorcjum;

tania oferty złożonej przez skarżącego - PHZ CENZIN SP. z.o.o. za najkorzystniejszą, a samym wybranie Odwołującego się na wykonawcę zamówienia.

Ewentualnie o unieważnienie postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego na realizację projektu „ dostawa 25.701 kpi 9 mm pistoletów samopowtarzalnych - sprawa numer 174/Cmt/07/JM", jak również o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie ze spisem kosztów, a gdyby spis kosztów nie został przedstawiony, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skargi wywiedzione przez obu oferentów nie zasługują na uwzględnienie, a podniesione w nich zarzuty nie mogą skutkować zmianą zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Okręgowy w całej rozciągłości podziela i przyjmuje za własne zarówno dokonane przez KIO ustalenia faktyczne, jak i w szczególności obszerną argumentację prawną przedstawioną w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku na odparcie zarzutów stawianych przez odwołujących. Ponowne przytaczanie tej samej argumentacji należy uznać za niecelowe.

Ustosunkowując się do zarzutów wniesionych skarg zarówno przez NAT IMPORT - EXPORT Leszek Cichocki, jak i przez PHZ CENZIN Sp. z o.o. w Warszawie wskazać należy, że nie jest zasadny zarzut wspólnie popierany przez obu skarżących zmierzający do wykazania, że oferta Konsorcjum firm BUMAR Sp. z o.o. w Warszawie i Fabryki Broni ŁUCZNIK Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z SIWZ, bądź też oferent ten winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na dołączenie do oferty nieprawidłowej gwarancji ubezpieczeniowej.

Sąd Okręgowy nie podziela prezentowanego przez skarżących poglądu, iż dokument gwarancyjny powinien był zostać wystawiony i zawierać w swej treści wskazanie wszystkich członków konsorcjum ubiegających się o zamówienie.

Podzielając w tej kwestii całkowicie argumentację przytoczoną przez KIO dodać jedynie należy, że nie można utożsamiać działań poprzedzających przystąpienie do postępowania przetargowego z działaniami członków konsorcjum podejmowanych już w toku postępowania, po złożeniu oferty, której ewentualny wybór warunkuje zafunkcjonowanie obrocie podmiotu stworzonego w ściśle określonym celu. ■

Należy pamiętać, że do momentu złożenia wspólnej oferty kilku firm tworzących*?; konsorcjum na potrzeby postępowania przetargowego, zmuszone są one do podjęcia szeregu\^\^j działań stanowiących źródło wzajemnych zobowiązań uzasadnionych wyłącznie treścią umowy o konsorcjum, której co istotne, nie mają obowiązku składać do momentu przystąpienia do zawarcia umowy z zamawiającym. A zatem przepisy ustawy pzp zostały tak skonstruowane, że zakłada się, iż wszelkie czynności niezbędne dla prawidłowego skonstruowania oferty odpowiadającej treści SIWZ poprzedzające złożenie oferty znajdują umocowanie w treści umowy konsorcyjnej. Jeśli treść dołączonego do oferty dokumentu nie wzbudza wątpliwości, iż dotyczy konkretnego wspólnego przedsięwzięcia, to nie ma podstaw by zakładać, że którykolwiek z członków konsorcjum działał wbrew v/oli, czy wiedzy innego.

Teoretycznie można dopuścić istnienie sytuacji wspólnego ubiegania się przez strony umowy o konsorcjum o zamówienie publiczne, w której ostatecznie nie dochodzi do złożenia wspólnej oferty. Okoliczność ta nie może mieć jednak wpływu na ocenę skuteczności i ważności działań podejmowanych do daty złożenia ofert, które swoje materialnoprawne źródło czerpały z treści umowy o konsorcjum.

W konsekwencji także w razie złożenia oferty przez konsorcjum ważność i skuteczność czynności o charakterze prawnym, jak np. uzyskanie gwarancji bankowej należy oceniać przez pryzmat stosunku prawnego łączącego jeszcze tylko potencjalnych oferentów.

Do chwili wyboru oferty istnienie, forma prawna, ważność umowy konsorcyjnej nie podlega badaniu w toku postępowania o zamówienie publiczne. Można przyjąć, że ewentualne ryzyko związane z nieprawidłowościami, które mogą dotykać takich umów obciąża w całości członków konsorcjum.

Również nie są zasadne twierdzenia, iż ewentualna odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez podmiot, który nie został wskazany w dokumencie gwarancyjnym pozbawia ochrony zamawiającego wobec ryzyka odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej przez bank.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy w ogóle taka sytuacja nie byłaby możliwa. Jedynym autorem złożonej i wybranej oferty jest Konsorcjum firm BUMAR7ŁUCZNIK. Treść umowy konsorcyjnej w sposób bezwzględny warunkowała jedynie wspólne ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Odmowa zawarcia umowy przez któregokolwiek z członków konsorcjum jest tożsama z odmową zawarcia umowy przez Konsorcjum. W tej sytuacji

'\

interesy zamawiającego podlegają pełnej ochronie z uwagi na treść dokumentu gwarancyjnego.

Za Krajową Izbą Odwoławczą wskazać także należy, że dołączenie umowy ^konsorcyjnej z dnia 29 stycznia 2008r. przez Konsorcjum BUMAR/ŁUCZNIK na etapie postępowania odwoławczego w żadnym wypadku nie może zostać ocenione jako niedopuszczalne uzupełnienie pełnomocnictwa. Zgodzić się należy, że z taką oceną możnaby mieć do czynienia wyłącznie w razie istnienia prawnej możliwości żądania przez a, zamawiającego dołączenia umowy konsorcyjnej. Skoro natomiast treść art. 23 ust. 4 pzp

wyklucza taką możliwość to brak umowy na etapie składania ofert nawet teoretycznie nie

może stanowić uchybienia podlegającego uzupełnieniu.

Jak już wyżej wskazano uzyskanie gwarancji wadialnej musi poprzedzać co do zasady moment złożenia oferty, a zatem dysponowanie umocowaniem do jej uzyskania również należy oceniać według daty poprzedzającej złożenie oferty i w żadnym wypadku nie można utożsamiać pełnomocnictwa o jakim mowa w treści art. 23 ust. 1 pzp z pełnomocnictwem zawartym w umowie o konsorcjum, na które powoływał się oferent wobec wystawcy gwarancji.

Również nie można zgodzić się z twierdzeniem, że treść złożonej gwarancji bankowej wzbudza uzasadnione wątpliwości co do podmiotu, na którego rzecz została wystawiona. Nie można w tej kwestii pomijać, jak tego domagają się skarżący, że w dacie uzyskania gwarancji umowa konsorcjum łączyła już jego członków. Treść paragrafu 3 ust. 3 umowy nie pozostawia wątpliwości co do zakresu umocowania do działania Lidera Konsorcjum, w tym do podejmowania działań związanych z ofertą, uzyskaniem i złożeniem wadium. Całokształt okoliczności nie pozostawia zatem wątpliwości, że gwarancja nie została uzyskana przez działający jako samodzielny podmiot BUMAR, ale przez Konsorcjum ubiegające się o uzyskanie konkretnego zamówienia, którego przedmiot w treści dokumentu został precyzyjnie określony.

Nie wykazano w toku sprawy, że firma BUMAR Sp. z o.o. ubiegała się samodzielnie o uzyskanie zamówienia o tożsamym przedmiocie z wskazanym w treści dokumentu gwarancyjnego.

Opieranie zarzutów skargi na twierdzeniach o nieprawidłowości dokumentu wadialnego należy ostatecznie ocenić jako konsekwencję przyjętej przez skarżących linii obrony zmierzających do wykluczenia z przetargu Konsorcjum BUMAR/ŁUCZNIK. Mając jednak na uwadze wskazane wyżej rozważania oraz w szczególności podzielone w pełni przez Sąd Okręgowy motywy KIO zarzuty te nie mogą zostać ocenione jako zasadne.

Sąd Okręgowy nie uznał za zasadny również podniesionego zarzutu zmierzającego do wykazania, że Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła się naruszenia przepisów art. 23 ust. 1-4 pzp oraz art. 15 pkt. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności" ^3 gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicjąt^/^ oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. 2001 Nr 67, poz. 679 ze zm.) poprzez bezpodstawne przyjęcie, że obowiązek zawiadamiania organu koncesyjnego w terminie 14 dni o zmianach stanu faktycznego i pra^ynego w zakresie danych zawartych we wniosku o wydanie koncesji i w dokumentach stanowiących załączniki do tego wniosku powstałych po dniu wydania koncesji stanowi spełnienie wymogu aktualności koncesji w stanie faktycznym sprawy niniejszej.

W tej kwestii Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko KIO, iż zamawiający nie mógł nałożyć na uczestników postępowania przetargowego wymogów wyższych, niż stawiają zapisy wskazanej wyżej ustawy z dnia 22 czerwca 200 lr., co znalazło odzwierciedleni w treści odpowiedzi na pytanie nr 5, iż wymaga się by dołączona do oferty koncesja spełniała wymagania określone w ustawie. Skoro zatem ustawodawca nałożył na podmiot, który uzyskał koncesję obowiązek zawiadomienia organu koncesyjnego w terminie 14 dni o zmianach stanu faktycznego i prawnego w zakresie danych zawartych we wniosku o wydanie koncesji i w dokumentach stanowiących załącznik do tego wniosku, powstałych po dniu wydania koncesji, to z uwagi na nie upłynięcie 14 dniowego terminu od daty zmian do daty złożenia oferty, nieuzasadnione byłoby żądanie dołączenia do oferty wniosku o zmianę danych. Skoro termin ustawowy jeszcze w dacie składania ofeity nie upłynął, to nie zachodziły w tej dacie żadne podstawy prawne by oferent mógł ponosić jakiekolwiek negatywne skutki związane z niezłożeniem określonego ustawą wniosku. Pozostaje to zatem bez wpływu na prawidłowość oceny, że dołączona koncesja nosiła cechy aktualnej.

Niezależnie jednak od powyższego wskazać także należy, iż przytoczona ustawa z dnia 22 czerwca 200lr. nie wiąże z zaniechaniem zawiadomienia organu koncesyjnego o zmianach zgodnie z art. 15 pkt. 3 żadnych negatywnych skutków dla uprawnionego do korzystania z koncesji. Nie staje się ona nieważna, czy też nieaktualna. Co tym bardziej przesądza o prawidłowej ocenie dołączonych do oferty dokumentów przez zamawiającego i czyni bezzasadnym zarzut bezzasadnego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ.

Nie są zasadne również zarzuty skarg rażącego naruszenia art. 23 ust. 1 - 3 ustawy pzp poprzez błędne przyjęcie, że dokumenty składane przez konsorcjum przy ofercie są prawidłowo poświadczone za zgodność z oryginałem na przedłożonych kopiach, w sytuacji gdy konsorcjum miało ustanowionego pełnomocnika i to on powinien potwierdzić za zgodność dokumenty załączone w poczet oferty.

y I w tym wypadku za KIO wskazać należy, że nie jest dopuszczalne w toku postępowania przetargowego czynienie oferentowi zarzutu na tej podstawie, że zastosował się do zaleceń samego zamawiającego, choćby te nie pozostawały w zgodności z treścią przepisów ustawy, o ile oczywiście nie prowadzą do unieważnienia postępowania.

Odpowiedź zamawiającego na skierowane do niego pytanie nr 3 z dnia 4 lutego 2008r. było jednoznaczne, iż 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.

A zatem twierdzenie, że poświadczenie za zgodność z oryginałem nie zostało dokonane przez ustanowionego pełnomocnika konsorcjum musi pozostać bez wpływu na uznanie złożonej przez konsorcjum oferty za zgodną z SIWZ. I zgodzić się należy z tezą, że nawet gdyby uznać, iż podnoszony zarzut jest zasadny, to nie mógł on stanowić podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie mógł uzasadniać wezwanie przez zamawiającego do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Sąd Okręgowy w całej rozciągłości podziela również obszernie uzasadnione stanowisko KIO co do niezasadności zarzutu NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki

sprzeczności treści wybranej oferty z SIWZ polegającej na braku w formularzu ofertowym wpisanej ceny netto.

Skoro w ofercie wskazano prawidłowo cenę brutto, jak również w sposób prawidłowy obliczono stawkę VAT to niezasadne są twierdzenia o niemożliwej do przeprowadzenia weryfikacji oferty z powodu braku ceny netto. I tym bardziej brak podstaw do uznania, iż doszło w sprawie do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty BUMAR/ŁUCZNIK.

W żadnym wypadku nie może zostać również oceniony jako zasadny podniesiony przez NAT IMPORT-EXPORT Leszek Cichocki zarzut naruszenia art. 7 pzp i art. 191 ust. 3 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp polegający zdaniem skarżącego na zaniechaniu poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów, na zaniechaniu rozpatrzenia wszystkich zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu oraz nieuwzględnieniu przez KIO zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego odrzucenia oferty skarżącego.

Na wstępie należy podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza wyjątkowo wnikliwie poddała analizie wszystkie podniesione i podtrzymywane w toku sprawy zarzuty zawarte w odwołaniach obu oferentów. Stanowiska KIO zostało obszernie i logicznie umotywowane i w żadnym wypadku nie można się zgodzić, by doszło w niniejszej sprawie do naruszenia praw któregokolwiek z odwołujących się poprzez zaniechanie poddania ocenie stawianych jakiegokolwiek zarzutu.

Wydaj e się, że umknęło uwadze skarżącego, iż w treści pisemnych motywów zaskarżonego orzeczenia na stronie 25 KIO w sposób stanowczy i wyraźny podkreśliła uznanie, iż zasadny jest zarzut odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez wadliwe przyjęcie, iż treść jego oferty nie odpowiada SIWZ.

W dalszej części uzasadnienia wskazano jednak, że mimo uznania zasadności zarzutów odwołania w tej części pozostaje ono bez wpływu dla ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na niezasadność zarzutów zmierzających do podważenia decyzji zamawiającego o wyborze oferty konsorcjum BUMAR/ŁUCZNIK.

Należy w pełni podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż Wobec uznania za prawidłowy, ważny i skuteczny wyboru najkorzystniejszej oferty, interes prawny NAT IMPORT - EXPORT Leszka Cichockiego do popierania żądania dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, bądź do wzruszenia decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty przestał istnieć. O istnieniu takiego interesu można mówić dopóty, dopóki dopuszczalne w świetle prawa środki odwoławcze - środki ochrony prawnej stwarzają dla oferenta choćby czysto hipotetyczną możliwość uzyskania zamówienia.

W ten sam sposób należy ocenić popieranie wskazanych zarzutów na etapie postępowania wywołanego skargą od wyroku KIO. Skoro bowiem zćirzuty obu skarżących zmierzające do podważenia prawidłowości dokonania wyboru oferty konsorcjum BUMAR/ŁUCZNIK okazały się niezasadne, to szansa na uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez innego oferenta, którego oferta nie podlegała odrzuceniu, ale nie została oceniona jako najkorzystniejsza jest nierealna. Tym samym skonsumowany został niejako interes prawny skarżącego do popierania skargi w tym zakresie.

Mając wszystkie wskazane wyżej względy na uwadze oraz nie znajdując podstaw do uwzględnienia żadnej ze skarg na mocy art. 198 ust. 2 w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy pzp orzeczono jak w sentencji. O obowiązku zwrotu kosztów postępowania skargowego

Na *oryginale właściwe podpisy*
Za zgodność *r*

REF ERENtrAjTAŻYSTA

Kc.mila Bętkowska