

**WYROK**  
**z dnia 13 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie:** **Anna Packo**

**Beata Pakulska – Banach**

**Protokolant:** **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2015r.przez wykonawcę **Polit - Elektronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polit - Elektronik spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

I. Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę 23 000 sztuk naboju ćwiczebnych 40x53 mm z pociskiem BALL-TP-T w latach 2015-2018.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 lutego 2015 r., poz. 2014/S 2015/S 036-061195. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 30 kwietnia 2015 r. Polit-Elektronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie (dalej: Odwołująca) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała wykluczenie jej z postępowania, i zarzuciła Zamawiającemu:

1) art. 131e ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w zw. z pkt 1.1. Sekcji III pkt 2.2 Ogłoszenia o zamówieniu i art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1017, z późn. zm.), dalej „ustawa z 22 czerwca 2001 r.” - poprzez wykluczenie Odwołującej pomimo braku podstawy prawnej dla dokonania tej czynności gdyż Odwołująca spełniła ustawowe kryteria do zrealizowania przedmiotu Zamówienia publicznego;

2) art. 22 ust 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 4 i 5 i art. 7 ustawy oraz pkt 2.2. Sekcji III.2.1 Ogłoszenia o zamówieniu - poprzez nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, tzn. z przekroczeniem zasad związania i proporcjonalności z przedmiotem Zamówienia publicznego żądanie od kandydatów posiadania koncesji obejmującej zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej obejmującej łącznie wytwarzanie i obrót przedmiotem Zamówienia publicznego, co skutkowało także niezapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania kandydatów.

Zdaniem Odwołującej, m.in. żądanie od kandydatów, aby posiadali oni koncesję obejmującą uprawnienie do obrotu i wytwarzania przedmiotu Zamówienia publicznego jest niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż kandydat nie musi posiadać zezwolenia na oba rodzaje działalności koncesjonowanej (przecież przepisy ustawy z 22 czerwca 2001 r.

dopuszczają istnienie dwóch odrębnych koncesji, tj. na obrót i na wytwarzanie materiałami specjalnymi), ponieważ wystarczające jest do należytego dostarczenia przedmiotu zamówienia publicznego posiadanie koncesji jedynie w zakresie obrotu. Posiadanie koncesji na wytwarzanie nie ma wpływu na możliwość należytego wykonania zamówienia publicznego, tzn. zagwarantowania dostarczenia amunicji ćwiczebnej. Tak więc Zamawiający stawiając warunek posiadania obu rodzajów koncesji ograniczył konkurencję oraz nie zapewnił równego traktowania kandydatów wyłączając z możliwości ubiegania się o udzielenie Zamówienia publicznego przez podmioty posiadające tylko koncesję na obrót przedmiotem Zamówienia publicznego.

Ponadto jeżeli Zamawiający zażądał posiadania koncesji na obrót i wytwarzanie wydanej w oparciu o polskie przepisy to warunek ten spełnia tylko jeden podmiot który wytwarza przedmiot Zamówienia publicznego w Polsce. Także, co istotne, takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu jest niezgodne z treścią przepisu art. 21 ust. 1 pkt 1, który stanowi: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania w związku z przepisami ust. 4 i 5 tego artykułu, które stanowią, że: „4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. 5. Warunki, o których mowa w ust 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia“,

Na rozprawie Odwołująca podtrzymała zarzuty i żądania odwołania. Wyjaśniła, że po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu był przekonany, że redakcja ogłoszenia w zakresie koncesji jest pomyłką. Nie negowała, że nie posiada koncesji na wytwarzanie przedmiotu zamówienia, jednak twierdziła, że nie jest ona potrzebna do jego realizacji. Kiedyś zgłosiła zastrzeżenia do takiego wymogu i powiedziano mu, że na tym etapie nie może składać odwołań dlatego w niniejszym postępowaniu nie złożył wcześniej zastrzeżeń. Odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie stwierdziła, że na obecnym etapie niedopuszczalna jest zmiana w zakresie przedmiotu zamówienia i twierdzenie, że jest to dostawa taka jak w Kc. Odnosząc się merytorycznie do stanowiska zamawiającego podtrzymywała argumentację z odwołania wskazując, że art. 7 i 22 Prawa zamówień publicznych określa granice wymogów jakie może postawić zamawiający wykonawcom.

Nadmierne wymogi nieuzasadnione potrzebami zamawiającego nie mogą się ostać, a w niniejszym postępowaniu wystarczająca jest koncesja na obrót amunicją.

W konsekwencji Odwołująca wносиła o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonej czynności wykluczenia Odwołującej z udziału w postępowaniu,
- 2) uchylecia w Sekcji III pkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu wymogu posiadania przez kandydata koncesji - wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001 r. na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania wyrobów określonych w pkt 26 ppkt 1 Załącznika nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. Nr 145, poz. 1625),
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania na rzecz Odwołującej poprzez zasądzenie na jej rzecz kwoty 22.200, zł stanowiącej uzasadnione koszty z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia jej pełnomocnika.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania w zakresie całkowicie niezasadnego zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującej i odrzucenie zarzutu odnoszącego się do treści ogłoszenia o zamówieniu jako wniesionego po upływie terminu.

Na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Zauważał, że odwołanie kwestionuje w istocie treść ogłoszenia o zamówieniu. Zapis odnośnie koncesji był jasny, nie wymagał żadnej interpretacji, można go było kwestionować w swoim czasie. Profesjonalista nie powinien traktować postanowienia SIWZ jak pomyłki. Decyzja określająca wymagania dla wykonawców była świadoma i przemyślana. Podkreśla, że przedmiotem zamówienia jest nabycie amunicji tego rodzaju po raz pierwszy, zatem istotny jest nadzór jakościowy, ponieważ sprowadzenie nowego wyrobu do sił zbrojnych to skomplikowany proces. Przywołuje postanowienia III.1.4 ogłoszenia o zamówieniu wskazując, że przedmiot umowy będzie m.in. podlegał ocenie zgodności, nadzorowaniu jakości. Istotne jest bezpieczeństwo dostaw. Nie można twierdzić, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający rozszerza czy zmienia przedmiot zamówienia, ponieważ w przetargu ograniczonym ogłoszenie tylko sygnalizuje zakres przedmiotu zamówienia, a szczegółowy opis będzie określony w SIWZ. Według Zamawiającego przedmiot zamówienia jest dostawą w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

Wskazywał, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym postępowaniem etapowym. Wymogi odnośnie wykonawców zostały określone w ogłoszeniu, a obecna ich zmiana doprowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Reasumując, twierdził, że prawidłowo wykluczył Odwołującą z postępowania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującej przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nią zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna wniosków, Odwołująca mogłaby uczestniczyć w dalszych etapach postępowania i miałaby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponieważ przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidywały częściowego odrzucenie odwołania, to Izba rozpatrzyła odwołanie na rozprawie, jednak należy zauważyć, że wniesienie odwołania na późniejszą czynność Zamawiającego (wykluczenie wykonawcy) nie może prowadzić do przywrócenia terminu do wniesienia odwołania na wcześniejszą czynność (treść ogłoszenia o zamówieniu). Jeżeli część zarzutów odwołania jest spóźniona, to mimo skierowania odwołania do rozpoznania na rozprawie, rozpoznaniu mogą podlegać jedynie zarzuty wniesione w terminie. W terminie podniesiony został jedynie zarzut odnośnie wykluczenia Odwołującej z postępowania (pismo Zamawiającego z 20 kwietnia 2015 r.). Natomiast po terminie został podniesiony zarzut odnośnie treści ogłoszenia (publikacja ogłoszenia w dniu 20 lutego 2015 r.).

Izba ustaliła, co następuje:

1. W dniu 20 lutego 2015 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu, w którym, w pkt II.2.1.2) ppkt 2.2. Zamawiający wymagał koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu amunicją. Ogłoszenie nie zostało zakwestionowane przez wykonawców w drodze środków ochrony prawnej.
2. Odwołująca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie złożyła wymaganej koncesji, co nie było sporne. Nie było też sporne, że Odwołująca nie posiada koncesji w wymaganym zakresie.
3. Zamawiający wezwał Odwołującą do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W odpowiedzi na wezwanie Odwołująca wskazała, że jej zdaniem załączona przez nią do wniosku koncesja (w zakresie obrotu amunicją) jest

wystarczająca, a wymóg Zamawiający jest nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

4. W dniu 21 kwietnia 2015 r. Odwołująca otrzymała od Zamawiającego pismo z dn. 20 kwietnia 2015r. informujące o wykluczeniu jej z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ do oferty nie załączyła wymaganej zgodnie z ogłoszeniem koncesji.

Na postawie powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że wykluczenie Odwołującej z postępowania było uzasadnione. Odwołująca w stosownym terminie nie zakwestionowała postanowień ogłoszenia, w których Zamawiający sformułował wymogi odnośnie posiadania koncesji we wskazanym w ogłoszeniu zakresie. Dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Odwołująca podjęła polemikę z Zamawiającym co do warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu – stwierdziła, że wymogi Zamawiającego w odniesieniu do koncesji są nadmierne i nieuzasadnione przedmiotem zamówienia. Nie uzupełniła w terminie dokumentów, do uzupełnienia których została wezwana. W konsekwencji Zamawiający wykluczył Odwołującą z postępowania. W ocenie składu orzekającego czynność ta została wykonana w sposób prawidłowy.

Odwołująca na późniejszym etapie postępowania (na rozprawie) nie może wywodzić prawa do wniesienia odwołania z faktu, że po zapoznaniu się z ogłoszeniem uznała, że zawiera ono omyłkę w określeniu zakresu wymaganej koncesji. Nie zasługuje również na akceptację argumentacji Odwołującej, że nie wiedziała, że w ramach przedmiotu zamówienia będzie należało zrealizować szkolenia i dostarczyć dokumentację techniczną amunicji, gdyż w przetargu ograniczonym Zamawiający określa w sposób szczegółowy przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero po zapoznaniu się z nią wykonawcy kalkulują cenę oferty. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił przedmiot zamówienia przez określenie rodzaju amunicji, niemniej jednak postanowienia III.1.4 zapowiadały oczekiwania Zamawiającego wykraczające poza „zwykłą” dostawę w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający może ukształtować zakres przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami – i nie można wykluczyć, że będzie miał on charakter dostawy w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, jak wskazywał to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie. Na większą złożoności zamówienia, niż sama sprzedaż amunicji wskazują postanowienia III.1.4 ogłoszenia o zamówieniu (przedmiot umowy będzie m.in. podlegał ocenie zgodności, nadzorowaniu jakości, istotne jest bezpieczeństwo dostaw).

Reasumując, Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....