

Sygn. akt: KIO 186/16

WYROK

z dnia 26 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2016 r. przez **wykonawcę BORYSZEW S.A., Oddział Nylonbor, ul. 15 Sierpnia 106, 96-500 Sochaczew** w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę BORYSZEW S.A., Oddział Nylonbor, ul. 15 Sierpnia 106, 96-500 Sochaczew** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę BORYSZEW S.A., Oddział Nylonbor, ul. 15 Sierpnia 106, 96-500 Sochaczew** 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

Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę lotniczych środków bojowych: bomba oświetlająca SAB- 100MN, bomba odłamkowo-burząca OFAB-250-270, spłonka KW-9, zapłonnik 9-BM-623. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 grudnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 232-421832.

W dniu 12 lutego 2016 r. wykonawca BORYSZEW S.A. Oddział Nylonbor (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

l) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek rzekomego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a to warunku polegającego na obowiązku przedstawienia - dla możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia w części obejmującej dostawę jedynie bomb oświetlających SAB-100MN - koncesji uprawniającej do obrotu wyrobami określonymi w ust. 22 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 wymagana jest koncesja (Dz. U. Nr 145, poz. 1625 ze zm.), tj. koncesji uprawniającej do obrotu bombami lotniczymi, głębinowymi, w tym zapalnikami do bomb, podczas gdy zamawiający miał prawo żądać - stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - jedynie takiego rodzaju koncesji, która jest wymagana przez obowiązujące prawo, co oznacza, że w odniesieniu do odwołującego zamawiający miał prawo żądać koncesji uprawniającej do obrotu wyrobami określonymi w ust. 26 Załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia, tj. koncesji uprawniającej do obrotu środkami pozoracji pola walki, w tym:

- amunicją ćwiczebną, granatami i zapalnikami ćwiczebnymi,
- amunicją ślepą,

- imitatorami celów, strzałów i wybuchów,
 - ładunkami pozoracyjnymi, błyskowo-dymnymi,
 - petardami,
 - innymi elementami amunicji wypełnionymi materiałami wybuchowymi albo innymi niebezpiecznymi substancjami, w tym:
 - spłonkami,
 - smugaczami,
 - detonatorami,
 - opóźniaczami,
 - układami samolikwidacji,
 - ładunkami rozrywającymi,
 - wkrętkami głowicowymi
- którą to koncesję odwołujący posiada.

W efekcie, jak wskazał odwołujący, zamawiający zażądał od odwołującego spełnienia warunku polegającego na posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności, w zakresie, w jakim obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na odwołującego obowiązku ich posiadania (tj. obowiązku posiadania koncesji uprawniającej do obrotu bombami lotniczymi, głębinowymi, w tym zapalnikami do bomb).

II) art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż odwołujący złożył ofertę na dostawę bomb oświetlających SAB-100MN, których jest wyłącznym producentem w Polsce (jako wyłączny podmiot w Polsce posiada zatwierdzoną przez Wojsko dokumentację techniczną na produkcję tych wyrobów). Odwołujący wskazał, że posiada koncesję z dnia 28 lutego 2006 r. nr B-007/2006, która uprawnia odwołującego m.in. do wytwarzania i obrotu rodzajami

amunicji określonymi w ust. 26 pkt 3, 4 i 6 lit a/-e/ Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. Jak zauważył odwołujący, w ramach realizacji uprawnień wynikających z tej koncesji odwołujący może wytwarzać i wprowadzać do obrotu środki pozoracji pola walki w postaci imitatorów celów. Takimi imitatorami celów są właśnie wyroby oznaczone symbolem SAB-100 MN. Odwołujący podkreślił, że żadne inne uprawnienia do wytwarzania i wprowadzania do obrotu tych wyrobów nie są przez obowiązujące prawo wymagane.

Odwołujący wskazał, że jako powód wykluczenia z postępowania, w istocie bez bardziej szczegółowego wyjaśnienia, zamawiający powołał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a więc powód polegający na nie wykazaniu przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jako warunek, którego rzekomo odwołujący nie spełnił, był brak koncesji na wytwarzanie i obrót rodzajami amunicji określonymi w ust. 22 Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (tj. koncesji uprawniającej do obrotu bombami lotniczymi, głębinowymi, w tym zapalnikami do bomb).

Odwołujący z dyspozycji art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wywiódł, że zamawiający może żądać od wykonawców jedynie posiadania takich uprawnień, których obowiązek posiadania wynika z obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący stwierdził ponadto, że zarzut stawiany odwołującemu (brak spełnienia warunków postępowania polegający na braku stosownych uprawnień) jest pozbawiony podstaw, gdyż przedkładając zamawiającemu koncesję z dnia 28 lutego 2006 r. nr B-007/2006 odwołujący wykazał „posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności”, co do których przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania przez odwołującego.

W ocenie odwołującego, o tym, że wyroby oznaczone symbolem SAB-100 MN winny być traktowane jako środki pozoracji pola walki w postaci imitatorów celów (a nie bomby lotnicze), świadczą następujące okoliczności:

Dotychczas zawsze produkty Boryszewa - Nylonbor, jak CP-100 M-R, SAB-100 MN oraz 0-100-S zamawiający kwalifikowali jako imitatory celów i dotyczyły one ust. 26 ww. Załącznika do rozporządzenia, tj. środków pozoracji pola walki. Wszystkie te wyroby mają ten sam korpus i część elementów wewnętrznych jest identyczna. W 2013 r. w oparciu o obowiązującą obecnie koncesję odwołujący wykonywał produkcję podobnego produktu z tej serii - CP-100 M-R, w ilości 300 sztuk na zamówienie Inspektoratu Uzbrojenia, który

wówczas nie miał żadnych zastrzeżeń do koncesji i do klasyfikacji wyrobów.

Odwołujący podkreślił, że bezsprzecznie CP-100 M-R jest zmodyfikowaną bombą SAB-100 MN i może mieć zastosowanie również jako bomba oświetlająca. Wskazał, że CP-100 M-R posiada jeden pakiet składający się z 3 gwiazd świecących z natężeniem 900 tyś. candlei i spadający na dużym spadochronie. SAB-100 MN to siedem pojedynczych gwiazd świecących. Każda spada osobno na swoim małym spadochronie. Jak zauważył odwołujący, wymienione w ust. 22 Załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia bomby głębinowe i bomby lotnicze mają niewiele wspólnego z zamawianym SAB-100 MN i jego pochodnymi. Odwołujący zwrócił uwagę, że zakwalifikowanie SAB-100 MN jako bomby lotniczej i umieszczenie razem z bojową bombą odłamkowo burzącą pozwoliło zmienić klasyfikację produktów, co doprowadzić mogło do wyeliminowania spółki Boryszew S.A. Oddział Nylonbor z przetargu na produkcję wyrobu, który wykonywał od lat pięćdziesiątych również na export, jeszcze w ramach Układu Warszawskiego i oferuje dzisiaj. Tymczasem bomby lotnicze mogą zawierać np. po 500 kg trotylu, a cała wymieniona wyżej rodzina imitatorów - celów powietrznych, oświetlających nie zawiera w ogóle materiałów wybuchowych, zdolnych do detonacji. Odwołujący wyjaśnił, że bomby lotnicze muszą więc mieć inne z tego względu warunki produkcji i przechowywania i oczywiście odpowiadać innej koncesji, niż imitatory celów (które jednak też można określić nazwą „bomby”). Bomby lotnicze mają jednak swoją wersję bojową i pozoracyjną. Wymienione wyżej imitatory są takie same w wersji bojowej i pozoracyjnej - ćwiczebnej. Cechą wspólną całej wymienionej wyżej rodziny imitatorów ćwiczebnych i bojowych bomb lotniczych bezsprzecznie są tylko uchwyty do podczepiania do samolotu. Imitatory celów powietrznych we wszystkich wersjach produkowanych przez odwołującego mogą być używane jako amunicja oświetlająca i nie posiadają wersji ćwiczebnej i bojowej.

Zdaniem odwołującego, błędna interpretacja rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja dokonana przez zamawiającego doprowadziła do bezzasadnego wykluczenia odwołującego.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający w istocie nie wyjaśnił przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznie nie wskazał wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu odwołującego z dalszego postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że ani z treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 27 stycznia 2016 r., ani z treści Informacji o wykluczeniu z dnia 4 lutego 2016 r. nie wynika, z jakich powodów zamawiający twierdzi, że produkowane przez odwołującego wyroby oznaczonego symbolem SAB-100 MN winny być klasyfikowane jako „bomby lotnicze lub bomby głębinowe” (na

produkcję których i wprowadzanie do obrotu koncesji zamawiający wymaga od odwołującego). Odwołujący zaznaczył, że zamawiający w żaden sposób nie tłumaczy z jakich powodów klasyfikowanie wyrobów oznaczonych symbolem SAB-100 MN nie może być dokonane jako środków pozoracji pola walki w postaci imitatorów celów. Odwołujący stwierdził również, że powołana w wezwaniu z dnia 27 stycznia 2016 r. „karta katalogowa wyrobu” jest dokumentem, który jest obcy odwołującemu. Jednocześnie, zamawiający nie wyjaśnił czym jest ta „karta katalogowa”, od kogo ona pochodzi, jaką ma moc obowiązującą itp. Karta katalogowa nie występuje również w dokumentacji technicznej, zatwierdzonej przez Wojsko dla SAB-100 MN. Zdaniem odwołującego, nie ma ona mocy przepisu prawa, który uzasadniałby zgłoszone przez zamawiającego żądanie.

Jak zauważył odwołujący, Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 961/11) wskazała, że zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego (stanowisko zamawiającego we wskazanych kwestiach powinno być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia). Zgodnie zaś z uzasadnieniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 126/10), w piśmie informującym wykonawcę o wykluczeniu z postępowania zamawiający podając podstawę wykluczenia powinien wskazać zarówno podstawy prawne, jak i podstawy faktyczne wykluczenia. W uzasadnieniu wyroku z dnia 17 sierpnia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO 1653/11) wskazała zaś, że lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia tego wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u podstaw tej czynności, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (w tym m.in. wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz wynikającej z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Odwołujący stwierdził, że nie wie z jakich przyczyn zamawiający zdyskwalifikował jego uprawnienia do wytwarzania i obrotu wyrobami oznaczonymi symbolem SAB-100 MN.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonej czynności zamawiającego,
- 2) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty 15.000 PLN, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu żądał przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. koncesji na obrót w zakresie BA ust. 22 (dla Części nr 1 i nr 2) określonym w Załączniku nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja wydanej na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2012 r., poz. 2017 ze zm.) lub odpowiedniego dokumentu wystawionego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączył Koncesję nr B-007/2006 z dnia 28 lutego 2006 r. na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie:

- wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi,
- wytwarzania i obrotu rodzajami amunicji – określonymi w ust. 26 pkt 3, 4 i 6 lit. a/-e/ Załącznika nr 1 do Rodzaje broni i amunicji – BA – do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja, tj. środkami pozoracji pola walki, w tym: imitatorami celów, strzałów i wybuchów, ładunkami pozoracyjnymi,

błyskowo-dymnymi, innymi elementami amunicji wypełnionymi materiałami wybuchowymi albo innymi niebezpiecznymi substancjami, w tym: spłonkami, smugaczami, detonatorami, opóźniaczami, układami samolikwidacji,

- wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonymi w poz. WT XIV ust. 5 pkt 4 i ust. 6 pkt 1 Załącznika nr 2 Wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT – do rozporządzenia, tj. pirotechnicznymi mieszankami zapalającymi, świecami dymnymi.

Pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia koncesji zgodnej z wymaganiami określonymi w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wskazał na treść pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu i zwrócił uwagę, że przedstawiona przez odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesja dotyczy ust. 26 Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja, tj. środków pozoracji pola walki. Zamawiający zauważył również, że zgodnie z kartą wyrobu, bomba oświetlająca SAB-100MN przeznaczona jest do oświetlania terenu podczas nocnych lotów rozpoznawczych oraz nocnych bombardowań. Nie mieści się więc w definicji środków pozoracji pola walki, do których zalicza się amunicję ćwiczebną, granaty i zapalniki ćwiczebne, amunicję ślepą, imitatory celów, strzałów i wybuchów, ładunki pozoracyjne, błyskowo-dymne, petardy, oraz inne elementy amunicji wypełnione materiałami wybuchowymi albo innymi niebezpiecznymi substancjami, w tym: spłonki, smugacze, detonatory, opóźniacze i układy samolikwidacji. Z tego powodu uznano, jak stwierdził zamawiający, że przedstawiona przez odwołującego koncesja swoim zakresem nie obejmuje wyrobu określonego w Części nr 1 zamówienia. Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że niezłożenie ww. dokumentu we wskazanym terminie skutkować będzie wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odpowiadając na ww. wezwanie odwołujący w piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r. stwierdził, że przedstawiona koncesja dotyczy ust. 26 Załącznika do rozporządzenia, tj. środków pozoracji pola walki, jednak rozporządzenie w pkt 3 zawiera imitatory celów. Do tej właśnie grupy, zdaniem odwołującego, należą produkty CP-100 M-R, SAB-100 MN oraz 0-100-S (rozbudowana wersja SAB-100 MN). Odwołujący stwierdził, że produkty te mogą być używane zamiennie. Jak wskazał odwołujący, wyroby te mają ten sam korpus oraz większość elementów wewnętrznych jest identyczna. Odwołujący zwrócił też uwagę, że Boryszew S.A. jest właścicielem dokumentacji technicznych zatwierdzonych do produkcji seryjnej dla wojska. Odwołujący podał też, że ust. 26 „Środki pozoracji pola walki”, w tym

pkt. 1-6 podaje przykładowe przypadki środków pola walki, jednak punkty te nie wyczerpują wszystkich środków pozoracji pola walki istniejących w ogóle. Zdaniem odwołującego, jeżeli cel powietrzny CP-100 M-R spełniał wymogi ust. 26, to analogicznie ze względu na zbieżność konstrukcji, pozostałe wymienione również spełniają te kryteria - część środków pozoracji pola walki może przecież występować także jako środki pola walki - nie ma w tym przypadku rozbieżnych tego typu produktów spełniających tylko warunki pola walki lub tylko jego pozoracji. Odwołujący stwierdził ponadto, że na tej podstawie i w oparciu o obowiązującą koncesję, wykonywał produkcję celów powietrznych CP-100 M-R na zamówienie Inspektoratu Uzbrojenia w 2013 r. w ilości 300 sztuk. Wskazał, że analogiczne rozumowanie dotyczy np. RDG-2, które występują jako świece dymne i jako ręczne granaty dymne na polu walki i ćwiczeniach pozoracji. W ocenie odwołującego, wymienione w ust. 22 Załącznika nr 1 bomby głębinowe i bomby lotnicze mają niewiele wspólnego z zamawianym SAB-100 MN i jego pochodnymi. Odwołujący podkreślił, że zamawiając w 2013 r. produkcję CP-100 M-R Inspektorat nie miał zastrzeżeń do takiej klasyfikacji wyrobów. Bezsprzecznie, zdaniem odwołującego, CP-100 M-R jest zmodyfikowaną bombą SAB-100 MN i może również mieć zastosowanie jako bomba oświetlająca. Odwołujący zwrócił się z prośbą o przyjęcie takiego wyjaśnienia. Zaznaczył przy tym, że dotychczas dla Wojska Polskiego i na export jedynym krajowym producentem tych wyrobów był odwołujący. Odwołujący zauważył, że pierwotna koncesja, na podstawie której produkowano SAB-100 MN, wydana na czas nieoznaczony nr K-1458/90 z 18 stycznia 1991 r. jednoznacznie określała przedmiot działalności jako wytwarzanie materiałów wybuchowych oraz obrót materiałami wybuchowymi zgodnie z profilem produkcji. Odwołujący wskazał, że w aktualnej koncesji również zawarto identyczne stwierdzenia. Jak zaznaczył odwołujący, od tamtego czasu nie zmienił się jego profil produkcji. Odwołujący zadeklarował wystąpienie do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych o uściślenie warunków przyznanej mu koncesji, żeby jednoznacznie określała ona również takie sprawy na przyszłość. Odwołujący wyraził również pogląd, że w czasie, kiedy nie ma wojny nocne rozpoznanie i bombardowanie występuje tylko w czasie ćwiczeń pozoracji pola walki. Te same środki dopiero w czasie działań wojennych są bojowymi. Odwołujący stwierdził, że karta katalogowa, na którą powołuje się zamawiający dotyczy raczej warunków handlowych, a nie jest instrukcją użycia i zastosowania wyrobu.

Pismem z dnia 4 lutego 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym również poinformował odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję zwrócił uwagę na zawarty w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu wymóg złożenia przez wykonawcę ubiegającego się o Część 1 zamówienia w celu wykazania

spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, koncesji uprawniającej do obrotu wyrobami określonymi w ust. 22 Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja – „Bomby lotnicze, głębinowe w tym zapalniki do bomb”. Zamawiający stwierdził, że przedstawiona wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesja dotycząca ust. 26 ust. 3, 4 i 6 Załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia nie odpowiada swoim zakresem koncesji wymaganej przez zamawiającego do ubiegania się o udział w postępowaniu w zakresie Części 1 – bomba oświetlająca SAB-100 MN.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego, treść wezwania skierowanego przez zamawiającego do odwołującego w dniu 27 stycznia 2016 r., treść wyjaśnień odwołującego z dnia 29 stycznia 2016 r., informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 4 lutego 2016 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, wykonując ciężący na nim obowiązek wynikający z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, formułując wobec wykonawców ubiegających się o Część nr 1 zamówienia przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu koncesji na obrót w zakresie BA ust. 22 określonego w Załączniku nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. Wymaganie to nie zostało przez wykonawców zakwestionowane. Odwołujący nie skorzystał w określonym ustawą Pzp terminie z przysługującego mu na podstawie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp prawa do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

Izba zważyła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na podstawie ustawy Pzp jest postępowaniem sformalizowanym. Odstąpienie przez zamawiającego od ustalonych w postępowaniu reguł byłoby zatem nieuprawnione i prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad postępowania, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie, modyfikacja przez zamawiającego ustalonego w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego uprawnień do wykonywania określonej działalności mogłaby się odbyć wyłącznie przez zmianę treści ogłoszenia w tym zakresie dokonaną w wyniku działania wykonawców lub samodzielnej jego korekty przez zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie bezsporna pomiędzy stronami jest okoliczność, iż odwołujący nie złożył koncesji w wymaganym przez zamawiającego zakresie ani wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani też na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, którego dokonał zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsekwencją takiego zaniechania wykonawcy jest wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego dotycząca nieprawidłowości zakwalifikowania przez zamawiającego bomby oświetlającej SAB-100 MN do ust. 22 Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja, a co za tym idzie, nieuprawnionego żądania złożenia przez wykonawców koncesji w ww. zakresie, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Argumentacja ta prowadzi do zakwestionowania sformułowanego już w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania, co, jak wskazano powyżej, jest działaniem

spóźnionym. Odwołujący uprawniony był do zakwestionowania spornego wymagania w terminie określonym art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tym samym, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają złożone przed odwołującego: ulotka informacyjna dla Spadochronowego Celu Powietrznego CP-100 M-R, wydruki ze strony internetowej Polski Zbrojonej, pismo odwołującego skierowane do zamawiającego z dnia 11 lutego 2016 r., ogłoszenie dodatkowych informacji, w tym informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania opublikowanego dla przedmiotowego postępowania, pismo Inspektoratu Uzbrojenia skierowanego do odwołującego w dniu 23 lutego 2016 r., certyfikat klasyfikacyjny ADR z dnia 7 października 2014 r. wydany przez Instytut Mechaniki Precyzyjnej czy wyciąg z Księgi Prób prowadzonej przez odwołującego dla SAB-100 MN. Z tych samych względów bez wpływu na rozpoznanie sprawy pozostają też załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie instrukcje „Instrukcja lotnictwa. Opis i eksploatacja bomb lotniczych.”, „Bomby lotnicze SAB-100 MN i FOTAB-100-50. Opis i instrukcja przygotowania do użycia. Uzupełnienie do wyd. Lot.268/58” i „Spadochronowy cel powietrzny CP-100 M-R. Opis techniczny i instrukcja użytkowania”. Jak wskazano powyżej, okoliczność prawidłowości zakwalifikowania bomby oświetlającej SAB-100 MN do ust. 22 Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja nie może być rozstrzygana na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że działanie zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania było działaniem nieuprawnionym. Argumentacja odwołującego skupiała się wyłącznie wokół wykazania nieprawidłowości postawionego w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania, czego Izba, ze względu na upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej w tym zakresie, nie mogła wziąć pod uwagę.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego wyjaśnienia przyczyn dokonanego rozstrzygnięcia w decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 4 lutego 2016 r. skierowanym przez zamawiającego do odwołującego zamawiający wskazał podstawę prawną wykluczenia, przytoczył zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału postępowaniu koncesji uprawniającej do obrotu wyrobami określonymi w ust. 22 Załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu

wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja, wskazał również w sposób nie budzący wątpliwości, że przedstawiona przez odwołującego wraz z wnioskiem koncesja dotycząca ust. 26 ust. 3, 4 i 6 Załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia nie odpowiada swoim zakresem koncesji wymaganej przez zamawiającego do ubiegania się o udział w postępowaniu w zakresie Części 1. Wobec tak wyczerpującej informacji podanej przez zamawiającego, brak jest podstaw do stwierdzenia, że informacja ta nie przedstawia przyczyn, które legły u podstaw wykluczenia odwołującego. Z treści uzasadnienia odwołania wynika, iż odwołujący oczekiwał wskazania przez zamawiającego w treści informacji o wykluczeniu powodów uznania, że produkowane przez odwołującego wyroby oznaczone symbolem SAB-100 MN powinny być klasyfikowane jako bomby lotnicze lub bomby głębinowe. W ocenie Izby, brak jest podstaw do stawiania zamawiającemu zarzutu zaniechania przedstawienia tego typu informacji. Zamawiający, wobec jednoznacznie sformułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania przedłożenia koncesji uprawniającej do obrotu wyrobami określonymi w ust. 22 Załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia, nie był zobowiązany na obecnym etapie postępowania do wyjaśnienia motywów postawienia takiego wymogu.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. Na podstawie treści odwołania Izba nie była w stanie ustalić na czym polegają czynności lub zaniechania zamawiającego stanowiące o naruszeniu ww. przepisów. Zważyć należy, że samo powołanie przepisu nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) oraz okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przepisów prawa.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący :

.....

.....