

Sygn. akt: KIO 903/19

WYROK
z dnia 3 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2019 r. przez wykonawcę **UMO sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale **Mildat Sp. z o.o., ul. Elektronowa 2, lok. bud D, 03-219 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **UMO sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **UMO sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **UMO sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** na rzecz wykonawcy **Mildat Sp. z o.o., ul. Elektronowa 2, lok. bud D, 03-219 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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

Zamawiający - Komenda Główna Policji - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup amunicji strzeleckiej w ramach trzech zadań. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu pod poz.

W dniu 17 maja 2019r. Odwołujący - Umo sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MILDAT Sp. z o.o., ul. Elektronowa 2 lok. Bud. D, 03-219 Warszawa (dalej jako „MILDAT”),
- zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty MILDAT mimo zaistnienia nieusuwalnych podstaw odrzucenia z Postępowania z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, ewentualnie na zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających że zaoferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego,
- przeprowadzeniu przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej treść oferty w sposób prowadzący do zmiany treści oferty, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SIWZ ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT,
2. ewentualnie, z ostrożności, zaniechanie wezwania do uzupełnienia karty katalogowej oferowanej amunicji w trybie art. 26 ust 3 Pzp,
3. art. 87 ust 1 Pzp poprzez dopuszczenie do wyjaśnienia treści oferty skutkującego jej zmianą,
4. art. 91 ust 1 Pzp w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT z postępowania, ewentualnie w przypadku uznania, że karta katalogowa zaoferowanej amunicji nie jest treścią oferty ale dokumentem potwierdzającym o którym mowa w art 25 ust 1 pkt 2 Pzp - wezwania do jej uzupełnienia,
3. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem faktu pozostania w postępowaniu tylko dwóch ofert spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego karta katalogowa zaofiarowanej amunicji była jedynym dokumentem identyfikującym co do tożsamości przedmiot świadczenia wykonawcy i stanowiła treść oferty sensu stricto. W sytuacji, gdy dokument ten potwierdza niezgodność z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bez możliwości sanowania w drodze uzupełnienia. Uznanie, że karta katalogowa podlega uzupełnieniu prowadziłoby do dopuszczenia w trakcie postępowania zmiany treści oferty po terminie składania ofert. Odwołujący stwierdził, że z karty katalogowej amunicji zaofiarowanej w postępowaniu przez Mildat wraz z własnym tłumaczeniem wykonawcy wynika, że zaofiarowano amunicję producenta Fiocchi Munizioni S.p.A 9mm parabellum FMC 8G SOF nr produktu 70944900. Zgodnie z podanymi na karcie katalogowej danymi w zakresie parametrów technicznych zaofiarowanego produktu jego producent wskazuje wprost w opisie konfiguracji produktu w zakresie składu dla pozycji spłonka MIX (tł.Mildat skład) „nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczającej 0.10% ogólnej wagi”. Zdaniem Odwołującego, z opisu wynika wprost iż skład masy inicjującej zawiera niedozwolony udział składników szkodliwych dla zdrowia poza dopuszczonym czystym ołowiem. Odnośnie udzielonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, złożonych w toku postępowania przetargowego przez Mildat z dnia 25.04.2019r., Odwołujący wskazał, że informacje na temat procesu technologicznego produkcji amunicji posiada wyłącznie producent a wykonawca Mildat takich kompetencji nie posiada. Dodatkowo, jak wynika z zestawienia treści karty katalogowej oraz wyjaśnienia jakie składa sprzedawca tej amunicji Mildat pozostają w nią w sprzeczności. Odwołujący zwrócił też uwagę na fakt, że karta katalogowa amunicji zaofiarowanej w postępowaniu pochodzi z 2016r. - Dokument nr 76.70944900.E0A data 22.11.2016r. podczas gdy tabela powołana w wyjaśnieniach ma pochodzić z roku 2011, co oznacza, że możliwym jest że wskazany dokument nie dotyczy tego produktu który jest przedmiotem oferty MILDAT w postępowaniu a po drugie że produkt od 2011r. został zmodyfikowany, skoro aktualnie ma inny skład chemiczny, co potwierdza złożona karta katalogowa producenta. Pomimo deklaracji jaką złożył Mildat w wyjaśnieniach o możliwości przedłożenia ww. dokumentu – dokumentacja postępowania nie zawiera takich dokumentów. Należy w ocenie Odwołującego przyjąć, że dane zawarte w karcie produktu producenta są prawdziwe i odzwierciedlają rzeczywisty skład chemiczny tej amunicji a poddawanie ich wątpliwości przez sprzedawcę/wykonawcę świadczy jedynie o jego brakach w wiedzy dotyczącej oferowanej amunicji, co w tym przypadku, z uwagi na fakt, że zagadnienie dotyczy substancji niebezpiecznych w oferowanej amunicji uwalnianych w trakcie jej użytkowania, jest działaniem niebezpiecznym i narażaniem w ten sposób zdrowia funkcjonariuszy Policji.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że aktualnie wykonawca przecząc treści złożonej karty katalogowej sam dowodzi, że zaoferowany produkt jest niezgodny z SIWZ [producent podaje takie informacje z ostrożności) a złożony wraz z ofertą dokument producenta w postaci jego karty charakterystyki to potwierdza. MILDAT w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na fakt, że zaoferowana amunicja była już przedmiotem dostaw na terenie RP w 2017 roku przez innego wykonawcę, przeszła badania w WITU, uzyskała certyfikat Z/27/9/2017 MON i przeszła procedurę OiB, dostawa odbywała się do innej formacji jednakże był tam postawiony analogiczny wymóg co do braku metali ciężkich w masie sponki.

Odwołujący wskazał, że powołane przez Mildat postępowanie na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia było oparte o tą samą specyfikację techniczną co aktualny przetarg. To zaś oznacza, że kwestia zawartości metali ciężkich w masie sponki nie była przedmiotem badań WITU ani procedury OiB. Analogicznie jak w aktualnym postępowaniu KGP Zamawiający po prostu nie przewiduje przedstawiania przez wykonawcę badań na okoliczność udziału metali ciężkich w masie sponki i badania takie po prostu nie były przeprowadzone. Wykonawca MILDAT wywodzi z powyższego - czyli z faktu braku badań amunicji w powyższym zakresie, że zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego, co oczywiście nie znajduje potwierdzenia w faktach. Analogicznie w zakresie podnoszonej argumentacji jakoby ta sama amunicja była również zaoferowana w postępowaniu 357/cut/18/E/FBW w którym oferta Mildat nie została odrzucona co ma stanowić dowód, że w aktualnym postępowaniu oferta jest zgodna z SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko. Zamawiający złożył do protokołu posiedzenia oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Przystępujący wykonawca Mildat Sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje, zgodnie z SIWZ dostawę amunicji, w ramach Zadania nr 1 - kal. 9x19 mm Parabellum z pociskiem typu TFMJ, wykonanych zgodnie ze „Specyfikacją Techniczną. Amunicja do broni strzeleckiej. 9x19 mm nabój Parabellum” [załącznik nr 1a do SIWZ) - w ilości 11.379.000 szt.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wykonawca wraz z ofertą winien złożyć kartę katalogową zawierającą podstawowe dane techniczne (wymóg dotyczy wszystkich zadań).

Zgodnie z kartą zmian nr 1 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia został uzupełniony o wymaganie, aby: Strona 5 w punkcie 5.4 „Wymagania dotyczące bezpieczeństwa użytkowania” po zdaniu „Nabój powinien być bezpieczny w użyciu nie powinien podczas strzelania powodować uszkodzeń broni sprawnej technicznie” dodaje się zdanie w brzmieniu: „Masa inicjująca zastosowana w spłonce nie może zawierać metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć) ani ich związków. Dopuszczalne jest występowanie czystego ołowiu w ilości nieprzekraczającej 0, 1% masy inicjującej i będące skutkiem zanieczyszczenia masy spłonkowej w toku procesu produkcyjnego”.

Wykonawca Mildat przedstawił kartę katalogową amunicji zaoferowanej w postępowaniu producenta Focchi Munizioni S.p.A. 9mm parabellum FMC 8G SOF nr produktu 70944900. W poz. konfiguracja produktu – spłonka- podano: Nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczającej 0.10% ogólnej wagi.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.04.2019r, wykonawca Mildat wyjaśnił, że masa inicjująca zastosowana w spłonce oferowanej amunicji nie zawiera metali ciężkich. Wykonawca odwołał się do informacji podanych od producenta oraz certyfikatu jakości nr 02/2011 z 14listopada 2011r. wydanego przez Ministerstwo Obrony Włoch na potwierdzenie zgodności z normą STANG 4170 i wskazał skład masy inicjującej. Wyjaśnił, że podana w karcie katalogowej informacja odnosi się do całej spłonki, która oprócz masy inicjującej zawiera kowadełko, miseczkę, dysk papierowy, uszczelniacz. Elementy wykonane z mosiądzu jak kowadełko i miseczka mogą zawierać śladowe ilości ołowiu metalicznego. Masa inicjująca ma bezpośredni kontakt z mosiądzem i w wyniku procesów produkcyjnych może nastąpić nieznaczne jej zanieczyszczenia ołowiem metalicznym, ale nie przekraczające 0,1% masy inicjującej co jest dopuszczone przez zamawiającego. Pozostałe metale mogą występować w stopach lub substancjach użytych w spłonce jako śladowe ilości, które nie są nawet wykazywane w składzie czy normach. Wyjaśnił, że w produkcji przemysłowej nie da się uzyskać nigdy 100% czystego metalu, stopu czy innej substancji i każdy metal stop czy substancja będzie zawierać pewne mikroskopijne domieszki, nie są to natomiast ilości identyfikowalne w standardowych badaniach fizykochemicznych.

Wskazał także, że zaoficerowana amunicja była przedmiotem dostaw na terenie RP w 2017r. przez innego wykonawcę, przeszła badania w WITU uzyskała certyfikat Z/27/9/2017 MON i przeszła procedurę OiB. Dostawa odbywała się do innej formacji, jednak był tam postawiony wymóg braku metali ciężkich w masie spłonki. Ta sama amunicja była również zaoficerowana w postępowaniu 357/Cut.18/EJ/FBW w którym oferta wykonawcy Mildat nie została odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Nie można podzielić stanowiska Odwołującego co do tego, że karta katalogowa z uwagi na to, że identyfikuje przedmiot zamówienia co do tożsamości stanowi treść oferty. Karta katalogowa, której złożenia wymagał Zamawiający to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Niezasadnym jest zatem stanowisko Odwołującego, iż karta katalogowa nie podlegałaby uzupełnieniu/ wyjaśnieniu, co jednak w analizowanym stanie faktycznym jest zbędne z uwagi na to, że przedstawiona karta katalogowa potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego. Nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp polegający na dopuszczeniu do wyjaśnienia treści oferty skutkującej jej zmianą.

Twierdzenia Odwołującego o niedozwolonym składzie masy inicjującej w produkcie oferowanym przez Mildat, zawierającym metale ciężkie oparte zostały na informacji zamieszczonej w karcie katalogowej producenta Fiocchi Munizioni S.p.A i tezie, że użyte tam słowo „mix” oznacza miksturę inicjującą - masę inicjującą. Odwołujący w sposób błędny, zdaniem Izby, odwołując się jedynie do rysunku spłonki utożsamia słowo „mixture” oznaczające masę inicjującą ze słowem „mix” użytym w karcie katalogowej rozumianym jako skład. Rozumieniu takiemu sprzeciwiają się dowody złożone w toku rozprawy przez Mildat sp. z o.o. - z uwierzytelnionego tłumaczenia z języka angielskiego karty katalogowej produktu Fiocchi Munizioni S.p.A Parabellum 9mm FMC 8G SOF, złożonej przez wykonawcę Mildat sp. o.o. w toku postępowania odwoławczego, wynika, że słowo „mix” należy rozumieć jako skład całej spłonki a nie samej masy inicjującej. Oznacza to, że podany w karcie katalogowej produktu skład o treści „nie rtęciowa, nie korodująca, nie erodująca, z

zawartością ołowiu, antymonu, baru, cynku i innych ciężkich metali nie przekraczających 0,10% ogólnej wagi spłonki” należy odnosić do spłonki a nie do masy inicjującej. Okoliczność tę potwierdzają także oświadczenia samego producenta Fiocchi przedstawione przez Mildat sp. z o.o., w których wskazano, że słowo mix w części dotyczącej spłonki odnosi się do mieszanego składu, który zawiera kowadełko (wykonane z mosiądzu), miseczkę (wykonaną z mosiądzu) i mieszaniny wybuchowej (mieszanka chemikaliów nie zawierająca metali ciężkich) oraz, że określenie to odnosi się nie tyle do mieszaniny wybuchowej ale do spłonki jako do całego produktu. Producent oświadczył także, że mieszanina wybuchowa używana w nietoksycznych spłonkach ZetaPI, która ma wewnętrzne oznaczenie LM/9D1 lub 9D1 2.0 nie zawiera metali ciężkich jak ołów, antymon, bar, cynk oraz innych w swoim składzie. Dodatkowo skład masy inicjującej LM/9D1 został potwierdzony w świadectwie dopuszczenia nr 2/2011, wystawionym zgodnie z normą STANG 4170, gdzie w składzie chemicznym nie ujawniono żadnych metali ciężkich. Izba uznała, że dowody złożone przez przystępującego Mildat są wiarygodne, zaś twierdzenia Odwołującego i Zamawiającego nie zostały poparte żadnym dowodem i są one wywodzone jedynie z treści karty katalogowej, tłumaczonej na język polski przez samego wykonawcę. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał prawdziwości swoich twierdzeń.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Mildat nie potwierdził się, a czynność wyboru oferty Mildat była czynnością prawidłową i nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Na podstawie § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty wynagrodzenia pełnomonicka w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt fakturą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 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. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: