

sygn. akt: KIO 1939/10

WYROK
z dnia 23 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21.09.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 31.08.2010 r. przez wykonawcę **KABE Spółka z o.o., ul. Waryńskiego 63, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku, ul. Warszawska 3, 15-062 Białystok** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „dostawa statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń”

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania w kwocie 19.400 (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta złotych i zero groszy) obciąża Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku, ul. Warszawska 3, 15-062 Białystok i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **KABE**

Spółka z o.o., ul. Waryńskiego 63, 43-190 Mikołów;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 19.400 zł 00 gr. (słownie dziewiętnaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku, ul. Warszawska 3, 15-062 Białystok** na rzecz **KABE Spółka z o.o., ul. Waryńskiego 63, 43-190 Mikołów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów obsługi prawnej oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1939/10

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku, ul. Warszawska 3, 15-062 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „dostawa statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 09.03.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 12.03.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 50-073854.

W dniu **31.08.2010 r.** Zamawiający pismem z dnia 30.08.2010 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z treścią SIWZ oraz poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu **08.09.2010 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa KIO w dniu **08.09.2010 r.** odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1455/10);
- odrzucenia oferty KABE Sp. z o.o.;
- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe wykonanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 roku (KIO/UZP 1455/10), związane z nieuzasadnionym prawnie i faktycznie ponownym badaniem ofert, jak również art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 93 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione faktycznie i prawnie odrzucenie oferty spółki KABE jako niespełniającej warunków SIWZ oraz bezpodstawne unieważnienie postępowania, co nastąpiło w wyniku zaniedbania obowiązku należytego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Wykonawcę, spółkę KABE Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż gdyby

Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy przedmiot zamówienia zostałby mu powierzony do wykonania jako jedynemu wykonawcy, którego oferta spełnia wymagania SIWZ i który nie podlega wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie rozstrzygnięcia Zamawiającego, nakazanie wykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 roku w zakresie, który został niewykonany, a więc wyłącznie oceny oferty spółki KABE i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, niepodlegającej odrzuceniu, co wiąże się z obowiązkiem zawarcia umowy o zamówienie publiczne z firmą KABE Sp. z o.o.

Odwołujący na podstawie art. 190 ustawy Pzp złożył następujące wnioski dowodowe:

- dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci oświadczenia producenta amerykańskiej spółki Autocopter, iż przedmiot Zamówienia spełnia warunki SIWZ.
- dopuszczenie dowodu z zeznań świadka prezentacji płk Macieja Wolfram - Jaroszyńskiego na okoliczności przeprowadzonej prezentacji statku powietrznego, jej przebiegu oraz sprzeczności między tym co wynikało z pokazu, a tym co znalazło się w protokole z dnia 30 sierpnia 2010 roku.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 2 lipca 2010 roku Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z zawiadomienia wynikało, iż za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę spółki UAVS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W wyniku wyboru spółka KABE złożyła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało uwzględnione po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26 lipca 2010 roku, wyrokiem z dnia 27 lipca 2010 roku.

W sentencji tego wyroku (KIO/UZP 1455/10) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy UAVS Poland Sp. z o.o. oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty.

W ocenie Odwołującego z literalnego brzmienia sentencji wyroku nie wynika, aby Zamawiający był uprawniony do ponownego badania ofert innych uczestników przetargu, poza odrzuceniem oferty UAVS Poland z przyczyn, które zostały wyrażone w wyroku, a więc i ich ewentualnego odrzucenia, lecz jedynie do oceny jedynej ważnej oferty KABE wedle kryteriów oceny określonych w SIWZ i jej wyboru. Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający już na poprzedniej rozprawie usiłował kwestionować ofertę spółki, lecz jego argumenty zostały odrzucone w związku z faktem, iż jak podkreśliła przewodnicząca składu orzekającego Zamawiający w toku badania ofert, w tym po dokonanych testach

bezpilotowego śmigłowca, nie odrzucił oferty spółki KABE, a zatem argumenty te nie mogły być przedmiotem rozpatrywania.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający jest zobowiązany do ścisłego wykonania wyroku Izby, co oznacza, iż nie może w swoich czynnościach wykraczać poza zakres tego orzeczenia. W szczególności niedopuszczalne jest podejmowanie ponowne czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. Te czynności, w tym wynik formalnego badania oferty KABE winien pozostać w mocy. W ocenie Odwołującego działanie przeciwne naruszałoby fundamentalne zasady praworządności, gdyż z wyroku Izby jednoznacznie wynika, iż Zamawiający był zobowiązany do dokonania wyboru oferty.

Brak możliwości ponownego badania ofert wykonawcy, jeżeli nie zostało to nakazane wyrokiem wynika, w ocenie Odwołującego, również funkcjonalnie z przepisów ustawy, szczególnie po nowelizacji z 2 grudnia 2009 r. Wprowadzono wtedy zmiany w zakresie badania i oceny ofert w sytuacji, kiedy wykonawca, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należnego zabezpieczenia umowy. W takiej sytuacji zamawiający może dokonać wyboru kolejnej oferty spośród pozostałych bez konieczności nie tylko ich ponownej oceny, ale również i badania. Odwołujący wskazał, że zmiana ta była podyktowana tym, że badanie oferty pod względem formalnoprawnym poprzedza jej ocenę i jest dokonywane zawsze przy wyborze oferty najkorzystniejszej, stąd też niecelowe jest powtarzanie tych czynności w sytuacji dokonywania wyboru oferty po raz drugi. (D. Piasta: *Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej* Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z 2009 roku pod redakcją Jacka Sadowego). W ocenie Odwołującego powody zmiany tego przepisu były takie, aby w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie raz już nastąpiło unikać ponawiania czynności raz już wykonanych. W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że założenie to stanowi racjonalną podstawę całej zmiany i rzutuje także na proces powtórnej oceny ofert. W poprzednim stanie prawnym ponawiając ocenę trzeba było badać ofertę, obecnie jest to zbędne, gdyż już raz Zamawiający tą czynność wykonał. Ponawianie niezakwestionowanej czynności badania naruszałoby, w ocenie Odwołującego, zasadę pewności i narażało cały proces zamówień publicznych na arbitralność. Podstawową zasadą legislacji jest jej racjonalność. Odwołujący wskazał, że należy zatem założyć, iż raz wykonana czynność, której prawidłowości nikt nie zakwestionował w przypadku powtórzenia da identyczny wynik jak za pierwszym razem. A tego rodzaju racjonalne założenia prowadzi do logicznego wniosku, iż skoro wynik będzie ten sam to nie ma potrzeby powtarzać takiej czynności.

Odwołujący podniósł, iż analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku orzeczenia

Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku eliminacji konkurenta. Analogia zachodzi właśnie na osi eliminacji jednego z uczestników postępowania, z tym iż w po orzeczeniu Izby ocena ofert wedle kryteriów jest niezbędna ze względu na potrzebę przeliczenia punktacji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy wykonał orzeczenie Izby, wykraczając w sposób niedozwolony poza jego zakres. Mylnie również zinterpretował wyrok, powołując się na niemające związku z postępowaniem orzeczenie Zespołu Arbitrów, wydane na tle nieobowiązującego już stanu prawnego. Z treści wyroku KIO z dnia 27 lipca 2010 roku nie wynika bowiem, aby unieważnione były wszystkie czynności i by Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu ich powtarzanie od momentu otwarcia ofert. W ocenie Odwołującego nie wynikało to również z zaprotokołowanego przebiegu rozprawy.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż ma wolę udowodnienia, że zaoferowany przez niego produkt spełnia wszelkie wymagania SIWZ.

W ocenie Odwołującego w pierwszej kolejności Zamawiający zaniedbał należytego wyjaśnienia treści oferty wykonawcy, co więcej dokonał rozstrzygnięcia pozostającego w całkowitej sprzeczności z uprzednio podjętymi oraz nieunieważnionymi własnymi czynnościami, czym naruszył art. 26 ust 4 w zw. z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający zwrócił się do niego w dniu 16.08.2010 roku o wyjaśnienia w kwestiach, które były przedmiotem późniejszego odrzucenia oferty KABE, żądając jedynie odpowiedzi „tak” lub „nie”. Wezwał również bezprawnie Wykonawcę do ponownej prezentacji statku powietrznego i wyznaczył dzień tej prezentacji na 7 września 2010 roku.

Odwołujący poinformował, iż w piśmie do Zamawiającego z dnia 18.08.2010 roku kwestionował legalność żądania przeprowadzenia ponownego pokazu, jednakże był gotowy udowodnić Zamawiającemu, w każdy dozwolony prawnie i zgodny z zasadą pisemności postępowania sposób, poza ponowną prezentacją (której koszt oscyluje w granicach 30 tys. Złotych), iż przedmiot Zamówienia spełnia wymagania SIWZ. Odwołujący podniósł ponadto, iż zaniechanie wyjaśnienia jest zaniedbaniem Zamawiającego, które może być podstawą skutecznego odwołania, polegającego na wykazaniu, iż że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Na potwierdzenia swojej argumentacji przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 321/10.

Odwołujący wskazał, iż w związku z czynnościami przedsięwziętymi w toku

postępowania przez Zamawiającego pojawia się pytanie, dlaczego ten ostatni rozstrzygnął przetarg przed przeprowadzeniem czynności, do których sam zobowiązał Wykonawcę (pokaz w dniu 7 września) bez uprzedniego unieważnienia tej czynności. W ocenie Odwołującego nawet jeśli by traktować pismo Wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2010 roku w kategoriach zawiadomienia, o którym mowa w art. 181 ust 1 ustawy Pzp to Zamawiający zgadzając się z zastrzeżeniami Wykonawcy winien był zawiadomić go o tym fakcie zgodnie z art. 181 ust 2 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia przed formalnym zakończeniem procesu oceny ofert, co stanowi rażące naruszenie podstawowych zasad rządzących zamówieniami publicznymi i samo w sobie powinno skutkować unieważnieniem czynności odrzucenia oferty KABE oraz czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł, iż jego oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego o czym świadczą zarówno oświadczenia wykonawcy i producenta maszyny, jak i jego specyfikacja techniczna. Nadmieniał, iż przez treść oferty należy rozumieć pisemne zobowiązanie Wykonawcy do świadczenia określonego produktu posiadającego określone parametry. W tym sensie pokaz nie stanowi treści oferty wbrew twierdzeniu Zamawiającego zawartemu w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. W ocenie Odwołującego stanowi on czynność wyjaśnienia, choć i tu rodzą się kontrowersje na gruncie zasady pisemności postępowań o zamówienia publiczne. Odwołujący podniósł, iż wyjaśnienia w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp są czynnościami pomocniczymi do oceny i nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść oraz inne elementy składające się na całościowe wyjaśnienia prowadzą do wniosku, iż przedmiot spełnia wymagania SIWZ. Tym samym, zdaniem Odwołującego, brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty KABE, a Zamawiający nie udowodnił, iż oferta wymagań SIWZ nie spełnia, tym bardziej iż już raz ocenił ofertę spółki KABE jako niepodlegającą odrzuceniu, a rozstrzygnięcie to nie było przez nikogo kwestionowane. Odwołujący podniósł, że Zamawiający może wciąż weryfikować parametry statku przy odbiorze przedmiotu umowy, a zatem gdyby statek nie spełniał wymagań mógłby od umowy odstąpić, naliczyć kary umowne, etc. Natomiast ponowne badanie oferty pod kątem spełniania warunków SIWZ w sytuacji, gdy nie unieważniono w stosunku do wykonawcy KABE poprzednich czynności badania oferty jest niedopuszczalne. Jak podniósł Odwołujący wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia nie mogły w jego ocenie doprowadzić do stwierdzenia niezgodności przedmiotu Zamówienia z SIWZ, gdyż Zamawiający pierwotnie w sposób prawidłowy badał i oceniał oferty nie tylko na podstawie wyjaśnień związanych z pokazem, lecz na podstawie całokształtu informacji dostarczonych w postępowaniu i wynik tego badania nie został uchylony. Zdaniem Odwołującego treść oferty jest przy tym rozstrzygająca, gdyż wpisuje się w zasadę pisemności postępowania w przeciwieństwie do

pokazu, którego prawna zasadność przeprowadzenia jest w wysokim stopniu wątpliwa, naruszając tą zasadę. W tym sensie wynik pokazu nie stanowi i nie może stanowić treści oferty.

Odwołujący odnosząc się do samej czynności badania oferty pod względem jej zgodności z SIWZ podniósł, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, zaś odrzucenie oferty następuje na podstawie stwierdzenie merytorycznej niezgodności zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia (treści oferty) z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego. Dla oceny zgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ przesądzające znaczenie ma brzmienie postanowień specyfikacji Obowiązek należytego opisanie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa przy tym wyłącznie na zamawiającym. Art. 29 ust. 1 ustawy nakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na treść oferty. Wszelkie wymagania Zamawiającego, zgodnie z zasadą pisemności postępowania, wyrażoną w art. 9 ust. 1 pzp winny być opisane w SIWZ. Na potwierdzenia swojego stanowiska przywołał fragment uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 1965/10, w którym Izba wskazała, że: *„Podstawą oceny przeprowadzanej w toku postępowania przez Zamawiającego są przede wszystkim literalne sformułowania SIWZ. Intencje zamawiającego oraz przewidziany sposób wyboru oferty najkorzystniejszej, w części dotyczącej tak badania, jak i oceny ofert, które nie znalazły odzwierciedlenia i nie zostały wyartykułowane w pisemnych postanowieniach SIWZ, nie mogą stanowić zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy czynności zamawiającego. Materialnemu obowiązkowi zamawiającego właściwego opisanie swoich wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia odpowiada konieczność udowodnienia przez zamawiającego zaistnienia niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami opisanymi w SIWZ, jeśli zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ciężar dowodu zaistnienia niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swych twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty (art. 188 ust. 1 ustawy, art. 6 k.c. zw. z art. 14 ustawy) ”.*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił jedynie następujące wymogi odnośnie prowadzonej prezentacji: *„Celem prezentacji będzie w szczególności zbadanie zgodności złożonej oferty z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podczas prezentacji prowadzonej przez wykonawcę zamawiający będzie badał*

parametry statku powietrznego. Prezentacja będzie rejestrowana kamerą video, wyniki zostaną zaprotokołowane”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie określił w jaki sposób będzie oceniał spełnianie przez statek powietrzny wymagań SIWZ. Czy będzie to ocena na zasadzie spełnia/nie spełnia, czy ocena jakościowa (na co wskazywałyby przyjęte w SIWZ kryteria oceny ofert), czy ocena będzie polegała na obserwacji lotu i wykonywaniu określonych zdań, czy też oględzinach i przyjmowanych od Wykonawców oświadczeniach. SIWZ nie zawiera żadnych instrukcji co do tego jaką procedurę oceny przyjmie na pokazie Zamawiający. Żaden z wykonawców nie został nigdy poinformowany na temat tego w jaki sposób oraz na podstawie jakich kryteriów będzie następować ocena w trybie wyjaśnienia do SIWZ na podstawie art. 87 ust 1 podczas prezentacji maszyny. Brak takich kryteriów naraził cały proces badania ofert na dowolność przyjmowanych ocen, lecz wada ta, w ocenie Odwołującego, obciąża wyłącznie Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż ustawa Pzp w sposób bezwzględny wymaga bowiem, aby sposób oceny wynikał wprost z SIWZ i w tym sensie ocena wynikająca z przedstawionego protokołu z 30 sierpnia 2010 roku jest oceną arbitralną a stwierdzenia zawarte w protokole w wielu miejscach nieściśle i nieprawdziwe. Ponadto Odwołujący wskazał Warto, iż jeśli sposób oceny nie został określony w SIWZ to nie można dla wykonawcy wywodzić z tego negatywnych skutków. Odwołujący wskazał na fakt, iż protokół z pokazu powstał dopiero 30 sierpnia 2010 roku, a zatem ponad trzy miesiące po przeprowadzeniu pokazu co niejako z definicji czyni go nierzetelnym. Protokół ten powstał bez udziału i bez podpisów wykonawców, co spowodowało, iż nie mogli oni kwestionować jego zapisów. Co więcej rozstrzygając postępowanie natychmiast po sporządzeniu protokołu Zamawiający pozbawił wykonawców środków ochrony prawnej w stosunku do czynności pokazu, sporządzając zaś protokół ponad trzy miesiące po pokazie naruszył zasadę pisemności postępowania.

Odwołujący podniósł, iż pomijając bezsporny fakt że powtórna ocena ofert nakazana wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej nie może prowadzić do zmiany lub unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie, który nie był przedmiotem odwołania i które nie naruszały przepisów ustawy i że skoro Zamawiający raz dokonał oceny oferty KABE i przyznał jej określoną punktację, to obecnie podlegać może ona wyłącznie ponownemu przeliczeniu według kryteriów oceny ofert postanowił odnieść się do samej czynności pokazu i protokołu sporządzonego z tej czynności w dniu 30 sierpnia 2010 roku. W ocenie Odwołującego przeprowadzony przez niego pokaz, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie dowiódł niezgodności jego oferty z SIWZ.

W kwestii zarzutu braku prezentacji autonomii lotu po zadanych punktach podczas

prezentacji Wykonawca wyjaśnił, że wobec odebrania maszyny z cła w przeddzień pokazu potrzebuje czasu na zakup i wgranie map GPS do oprogramowania maszyny i zestrojenie ich z oprogramowaniem autopilota oraz dokonanie czynności programowania zadanych przez Zamawiającego punktów. Zamawiający nie zezwolił na tą czynność, gdyż się z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn śpieszył, przyjął jednak jego oświadczenie praktycznie bez zastrzeżeń do wiadomości, na dowód czego posiada co najmniej czterech świadków. Zatem w ocenie Odwołującego nieprawdziwe jest stwierdzenie protokołu, że w prezentowanym statku brak jest opcji autonomii lotu. Zamawiający w jednoznaczny sposób przyjął do wiadomości oświadczenie o potrzebie wgrania map GPS i programowania zadanych punktów trajektorii, a w związku z brakiem jednoznacznych instrukcji Zamawiającego co do sposobu oceny ofert Odwołujący miał prawo się spodziewać, iż Zamawiający oceni parametr autonomii lotu na podstawie specyfikacji technicznej statku oraz oświadczeń wykonawcy. Liczył na powyższe, gdyż jak Odwołujący stwierdził, BSL spółki UAVS Poland również nie latał, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, po trajektorii według zaprogramowanych punktów. W ocenie Odwołującego działanie autopilota można było w sposób wystarczający z punktu widzenia postępowania zaprezentować poprzez zwykłą komputerową symulację, a nie lot po zadanych punktach, albo pokazanie instrukcji obsługi, w którym jest napisane, że można nim latać po zadanych punktach, tym bardziej, iż Zamawiający nie przewidział w SIWZ, że weryfikacja nastąpi na pokazie w postaci lotu. W tym względzie Odwołujący wskazał, iż podniesiony przez Zamawiającego zarzut jest sprzeczny zarówno z dokumentacją pisemną przetargu, jak załączonym do odwołania oświadczeniem producenta, a zatem nieudowodniony. Ponadto, w jego ocenie, Zamawiający sam własnym działaniem uniemożliwił weryfikację tego zarzutu w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp.

W zakresie transmisji obrazu strefy zagrożeń i czasowej utraty łączności zostało w uzasadnieniu wskazane, iż Odwołujący posiada uzasadnione podejrzenie zjawiska interferencji z anten nadajnika firmy UAVS Poland. W trakcie demonstracji prowadzonej przez spółkę KABE firma UAVS Poland Sp. z o.o. dokonywała przed swoją prezentacją próbnego uruchomienia systemu nadawczo-odbiorczego, który pracował w zbliżonym albo identycznym do Odwołującego zakresie częstotliwości radiowej. W tym aspekcie, w ocenie Odwołującego absolutnym zaniedbaniem Zamawiającego był wymóg, który mimo wniesienia ostrzeżenia na piśmie zdecydował o sterowaniu i transmisji na paśmie ogólnodostępnym. Tego typu wymóg przeczy racjonalności, świadczy o braku odpowiedzialności Zamawiającego i stanowi skrajne zagrożenie dla obiektu latającego, w związku z faktem, iż w tego typu paśmie częstotliwości każdy średnio zaawansowany amator posługując się ogólnie dostępnym sprzętem może przejąć kontrolę nad maszyną. Odwołujący wskazał, iż fakt ten może potwierdzić jeden z nielicznych polskich ekspertów w

zakresie lotów bezzałogowych statków powietrznych płk Maciej Wolfram-Jaroszyński o ile Izba dopuści jego zeznania w charakterze świadka prezentacji. Wykonawca mógł w tych okolicznościach zasadniczo odmówić prezentacji lotu maszyną ze względu na ryzyko jej zniszczenia, szczególnie że Zamawiający wymagał by pokaz odbył się na wyłączne ryzyko wykonawcy. Warto też zaznaczyć, iż transmisja z kamery dziennej była doskonałej jakości, natomiast transmisję z kamery termowizyjnej można było poprawić, na co Zamawiający ze względu na pośpiech nie zezwolił.

W części dotyczącej odwołania na unieważnienie postępowania Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób rażący naruszył Prawo Zamówień Publicznych, ponieważ nie wystąpiła żadna z przesłanek unieważnienia określona w art. 93 ustawy Pzp.

Odwołujący ponadto wskazał, iż wyjaśniwszy wszelkie wątpliwości należy stwierdzić, iż produkt zaoferowany przez niego w pełni spełnia warunki postawione przez Zamawiającego, co potwierdzono podczas pierwotnego badania i oceny ofert. Zamawiający nie był przy tym uprawniony do ponownego badania ofert a jedynie do ich oceny. Winien zatem bezwzględnie wybrać ofertę KABE i udzielić jej zamówienia publicznego.

W dniu 17.09.2010 r. Zamawiający pismem z dnia 17.09.2010 r. ustosunkował się do zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na nienależytym wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1455/10, odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji na unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o

zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

W ocenie Izby kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Wobec powyższego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Zgodnie z sekcją IV pkt IV.3.7. ogłoszenia o zamówieniu Nr 2010/S 50 – 073854 z dnia 12.03.2010 r. Zamawiający określił, iż okres w którym oferent będzie związany ofertą wynosi 60 dni. Zgodnie z pkt 10 SIWZ termin związania ofertą został ustalony przez Zamawiającego na 30 dni od upływu składania ofert. Termin otwarcia ofert zgodnie z sekcją IV pkt IV.3.8. ogłoszenia o zamówieniu został ustalony na dzień 28.04.2010 r. na godzinę 11.15. Wskutek zmiany treści ogłoszenia oraz modyfikacji SIWZ termin składania i otwarcia ofert został ustalony na dzień 14.05.2010 r. odpowiednio na godz. 11.00 oraz 11.15.

Z sekcji III pkt III.1.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9 SIWZ wynika, iż Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący pismem z dnia 06.08.2010 r. poinformował Zamawiającego, że wyraża wolę wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i uważa się za nieprzerwanie

związanego złożoną ofertą aż do czasu podjęcia ostatecznego rozstrzygnięcia i zamknięcia procedury przetargowej przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący określił graniczną ważność swojej oferty na dzień 30 września 2010 r.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w dniu 08.09.2010 r., tj. w dniu wniesienia odwołania Odwołujący był związany ofertą.

Tym samym Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, jak również nakazania powtórnego badania i oceny oferty Odwołującego, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Do postępowania odwoławczego, mimo wezwania przez zamawiającego, w zakreślonym przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę KABE Spółka z o.o., całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1455/10, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez Strony, w tym w szczególności dowód z dokumentu zawnioskowany w treści odwołania w postaci pisma pana Donalda Effrena – Prezesa Zarządu AutoCopter w zakresie spełnienia wymogów Zamawiającego przez oferowany produkt wraz z tłumaczeniem na język polski. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego w zakresie przesłuchania w charakterze świadka pana płk Macieja Wolframa-Jaroszyńskiego ze względu na ustanowienie w toku posiedzenia świadka jako pełnomocnika strony. W tym zakresie Izba uwzględniła wyjaśnienia pana Macieja Wolframa-Jaroszyńskiego jako dowód z przesłuchania strony. Izba dopuściła i oceniła również przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego dowody z dokumentów w postaci pisemnych oświadczeń uczestników prezentacji z dnia 14.05.2010 r. złożonych przez Grzegorz Krupę (pismo z dnia 16.09.2010 r.), Kazimierza Bulandry (pismo z dnia 16.09.2010 r.) oraz Ewy Krupy-Herbskiej (pismo z dnia 17.09.2010 r.) na okoliczność jej przebiegu.

Izba z urzędu dopuściła dowód w postaci akt postępowania odwoławczego o sygn. akt

KIO 1455/10, w tym w szczególności z protokołu posiedzenia i rozprawy mającej miejsce w dniu 26.07.2010 r.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę KABE Spółka z o.o., całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 30.08.2010 r., protokołu z przebiegu prezentacji sporządzonego w dniu 30.08.2010 r., treści wyjaśnień Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 18.08.2010 r. oraz wezwania zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 16.08.2010 r.), akty postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1455/10, dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w treści odwołania oraz w toku rozprawy, jak również odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie zawartej w piśmie z dnia 17.09.2010 r. oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe wykonanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1455/10 związanego z nieuzasadnionym prawnie i faktycznie ponownym badaniem ofert Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało wydane w dniu 27 lipca 2010 r. przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 1455/10 w postaci wyroku, którego sentencja ma następujące brzmienie: „Krajowa Izba Odwoławcza (...) orzeka: Uwzględnia odwołanie. Nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej UAVS Poland Sp. z o.o. Nakazuje dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty”.

W ramach realizacji powyższego orzeczenia Zamawiający dokonał odrzucenia oferty UAVS Poland Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucenia oferty

KABE Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nie jest podmiot zamawiający, a więc nie można uznać, iż jakiegokolwiek czynności przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego mogły doprowadzić do naruszenia powyższego przepisu. Adresatem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie jest Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpatrującym określone odwołanie. Powyższy przepis określa uprawnienia Izby w zakresie czynności, do dokonania których może ona zobowiązać zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie Izba pragnie wskazać, iż w odniesieniu do zawartej w uzasadnieniu odwołania argumentacji, że z literalnego brzmienia sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1455/10 nie wynika, aby Zamawiający był uprawniony do ponownego badania ofert innych uczestników przetargu Izba wskazuje, iż z literalnego brzmienia sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1455/10 wynikał obowiązek dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty. Powyższe oznacza, wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w uzasadnieniu odwołania, że Zamawiający dokonując powtórnego badania nie wykroczył poza zakres orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba nie podziela poglądu Odwołującego w tym zakresie, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębranych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

O nieprawidłowym wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1455/10 może jedynie świadczyć fakt, iż Zamawiający będąc zobowiązanym przez Izbę do powtórzenia określonych czynności wyznaczył na dzień 07.09.2010 r. termin powtórnej prezentacji, jednakże rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie w dniu 31.08.2010 r. poprzez jego unieważnienie na skutek odrzucenia wszystkich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wszakże na str. 14

uzasadnienia powyższego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę Zamawiającego na nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, których istotnym elementem była prezentacja z dnia 14.05.2010 r. Tym samym odstąpienie Zamawiającego od powtórnego przeprowadzenia prezentacji rzutuje na kolejne czynności dokonywane w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednakże o oddaleniu powyższego zarzutu decyduje fakt, iż w ramach czynności dokonywanych przez Zamawiającego na skutek wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie może dojść do naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż podmioty zamawiające nie są adresatami normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ (w brzmieniu nadanym w wyniku modyfikacji z dnia 24.04.2010 r.) określił w pkt 3 (opis przedmiotu zamówienia) wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia. W pkt 10 tabeli zostało wskazane w odniesieniu do parametru transmisji, że: „Przesył wszystkich mierzonych parametrów, parametrów lotu i pracy aparatu oraz obrazu w czasie rzeczywistym do stacji naziemnej z możliwością ich zapisu na nośnikach teleinformatycznych z odległości min. 500 m; transmisja musi odbywać się w ogólnodostępnych pasmach radiowych lub w paśmie radiowym MSWiA”. W pkt 11 tabeli w odniesieniu do parametru sterowania zostało wskazane, że: „Sterowanie ze stacji naziemnej i zadanie parametrów lotu po określonych punktach wraz z narzędziem umożliwiającym programowanie trasy przelotu, parametrów lotu i wykonywanych zadań w określonym miejscu, sterowanie ręczne z odległości min. 500 m, opcja bezpiecznego lądowania awaryjnego”.

Ponadto Zamawiający w pkt 4 SIWZ określił wymagania dotyczące prezentacji bezpilotowego statku powietrznego. W powyższym punkcie SIWZ Zamawiający wskazał, iż: „Na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia wymagane jest zaprezentowanie statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń. Prezentacja nastąpi, jako żądanie przedstawienia przez wykonawców wyjaśnień w zakresie treści oferty. Zamawiający mając na względzie weryfikację prawdziwości treści ofert, na dostawę będącą

przedmiotem zamówienia wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji statku powietrznego (rozumianej jako składanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty). (...) Celem prezentacji będzie w szczególności zbadanie zgodności złożonej oferty z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia wskazanymi w SIWZ. Prezentacja odbędzie się niezwłocznie po otwarciu ofert – miejsce prezentacji Jednostka Ratowniczo - Gaśnicza 2 Komendy Miejskiej PSP w Białymstoku ul. Gen. Andersa 46. (...) Podczas prezentacji prowadzonej przez wykonawcę zamawiający będzie badał parametry statku powietrznego. Prezentacja będzie rejestrowana kamerą video, wyniki zostaną zaprotokołowane”.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż w dniu 14.05.2010 r. na terenie Jednostki Ratowniczo – Gaśniczej nr 2 w Białymstoku odbył się pokaz bezpilotowego statku latającego oferowanego do dostarczenia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W trakcie pokazu odbyła się prezentacja bezpilotowego statku powietrznego (BSP) oferowanego przez wykonawców UAVS Poland Spółka z o.o. oraz KABE Spółka z o.o. Jak wynika z ustaleń Izby czynność ta została udokumentowana w postaci pisemnego protokołu sporządzonego w dniu 30.08.2010 r.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 31.08.2010 r. przekazał wykonawcom informację o odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu przez UAVS Poland Spółka z o.o. oraz KABE Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 st. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje na wstępie, iż zgodnie z dyspozycją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym aby doszło do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodność winna dotyczyć merytorycznej treści oferty.

Analiza zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania zawartego w piśmie z dnia 30.08.2010 r. wskazuje, iż podstawą faktyczną odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca na niespełnieniu wymagań technicznych w zakresie wyposażenia transmisyjnego i sterowania. Ponadto Zamawiający wskazał w powyższym piśmie, iż „Oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż podczas prezentacji (rozumianej jako wyjaśnienie do treści SIWZ) nie był możliwy prawidłowy przesył i zapis obrazu z kamery zainstalowanej na latającym statku powietrznym. Nie było również możliwe sterowanie statkiem powietrznym poprzez zadanie parametrów lotu po określonych punktach. Należy stwierdzić, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Szczególne uzasadnienie w protokole z oceny ofert”.

Wraz z pismem z dnia 30.08.2010 r. zostało dołączone pismo zatytułowane „Protokół z oceny ofert i wnioski komisji przetargowej” które, jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, zostało sporządzone jednostronnie przez Zamawiającego w dniu 30.08.2010 r.

Izba na wstępie pragnie wskazać, iż nie kwestionuje prawa Zamawiającego do przeprowadzenia w ramach badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu prezentacji przedmiotu zamówienia. Wątpliwa wydaje się jedynie kwalifikacja prawna tego rodzaju czynności dokonana przez Zamawiającego. Zamawiający określił w pkt 4 SIWZ, że podstawą prawną żądania prezentacji jest art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (wyjaśnienia wykonawców dotyczące treści oferty). W ocenie Izby tego rodzaju czynność faktyczną należałoby raczej zakwalifikować jako dopuszczalne środki dowodowe, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Tego rodzaju postępowanie, ze względu na szczególny charakter przedmiotu zamówienia, należy uznać za uzasadnione i dopuszczalne z prawnego punktu widzenia. Jednakże, przy uwzględnieniu zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznej wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz przy uwzględnieniu ogólnych zasad udzielania zamówień wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp czynność polegająca na prezentacji parametrów funkcjonalnych przedmiotu zamówienia winna być prowadzona w oparciu i przy poszanowaniu wskazanych w powyższych przepisach zasad udzielania zamówień, które zostały uregulowane Rozdziale 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w prawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Do wskazanych w powyższym przepisie innych dokumentów i informacji należy zaliczyć pisemny protokół z przeprowadzonej prezentacji funkcjonowania przedmiotu zamówienia, gdyż jak wynika z treści SIWZ w niniejszym postępowaniu czynność ta była elementem badania i oceny ofert. Należy również wskazać, iż art. 96 ust. 3 ustawy Pzp zawiera doprecyzowanie i uszczegółwienie normy prawnej wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady jawności precyzując, iż protokół z załącznikami jest jawny. Norma prawna wyrażona w zdaniu drugim art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania (...). Izba ustaliła w oparciu o dokumentację postępowania, akta sprawy o sygn. akt KIO 1455/10 oraz oświadczenia Zamawiającego złożone w toku rozprawy, iż Zamawiający pisemny protokół z prezentacji mającej miejsce w dniu 14.05.2010 r. sporządził jednostronnie w dniu 30.08.2010 r.

Izba oceniając moc środków dowodowych uznała, iż Odwołujący oraz Zamawiający w odniesieniu do ustaleń poczynionych w toku prezentacji statku powietrznego, która miała miejsce w dniu 14.05.2010 r. dokonali odmiennych ustaleń, co do skuteczności prezentacji oraz jej przebiegu.

W tym zakresie Izba wskazuje, iż zarówno sposób jak i termin sporządzenia protokołu z przebiegu prezentacji budzi uzasadnione wątpliwości, co do jego rzetelności oraz bezstronności. Izba w tym zakresie dała wiarę Odwołującemu w zakresie przebiegu czynności podczas pokazu. Na powyższe miał również wpływ brak zachowania formy pisemnej dla tej czynności oraz brak możliwości ustosunkowania się wykonawców do ustaleń faktycznych poczynionych w dniu 14.05.2010 r. Przeprowadzony przez Zamawiającego pokaz stanowi czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym czynność ta winna zostać przeprowadzona z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasad określonych w art. 7 ust 1 i 2 ustawy Pzp. Protokół – jako wynik tej czynności powinien zostać ujawniony uczestnikom postępowania, jak również poddany ich kontroli. W treści protokołu z dokonanej w dniu 14.05.2010 r. prezentacji brak jest uwag wykonawców, w tym w szczególności podniesionych w toku rozprawy przez Odwołującego okoliczności, że pojazd został w trakcie pokazu dostarczony z odprawy celnej, co wymagało dodatkowych czynności przygotowawczych, gdyż znajdował się w konfiguracji w jakiej był przygotowany do transportu przez producenta. Ponadto Odwołujący podniósł, iż nie miał czasu na wgranie map, które umożliwiałyby lot po określonych punktach, o czym informował Zamawiającego. Powyższym twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie zaprzeczył. Stwierdził jedynie w toku rozprawy, iż Odwołujący nie podszedł profesjonalnie do pokazu, zaś potwierdzając, iż brak było czasu na przygotowanie statku do działania, świadczy jedynie o powyższym fakcie.

Brak stanowiska i wyjaśnień wykonawców w treści protokołu z prezentacji mającej miejsce w dniu 14.05.2010 r. świadczy tym samym o nierzetelnym dokumentowaniu powyższej czynności przez Zamawiającego.

W ocenie Izba Zamawiający tym samym nie udowodnił, iż to wynik prezentacji wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Na powyższe okoliczności ma przede wszystkim wpływ sposób i termin dokumentowania przebiegu prezentacji. Izba nie dała wiary dowodom przedstawionym przez Zamawiającego, a w szczególności ustaleniom z przebiegu prezentacji dokonany w protokole z przebiegu prezentacji sporządzonemu w dniu 30.08.2010 r. Izba oceniając moc dowodów przedstawionych przez Strony zważyła, iż Odwołujący w treści oferty oraz w złożonych wyjaśnieniach wykazał, iż oferowany przez niego bezpilotowy statek powietrzny spełnia wymagania Zamawiającego. Powyższe potwierdza także dowód w postaci dołączonego do odwołania i przetłumaczonego na język polski oświadczenia pana Donalda

Effrena – Prezesa AutoCopter. Jak wynika z całokształtu materiału dowodowego przebieg prezentacji mającej miejsce w dniu 14.05.2010 r., był nieprawidłowy, zaś ocena jej wyników nie wskazuje jednoznacznie, iż oferowany przez Odwołującego bezzałogowy statek powietrzny nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Izba ustaliła, iż Zamawiający oceniając, czy produkt oferowany przez Odwołującego odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ pominął istotne dla przebiegu prezentacji okoliczności, które sygnalizowali wykonawcy.

Izba wskazuje także na fakt, iż Zamawiający zignorował wątpliwości jednego wykonawców, o możliwości zakłócenia transmisji w trakcie prezentacji, podtrzymując w piśmie z dnia 23.03.2010 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 wymóg, że transmisja powinna odbywać się na pasmach ogólnodostępnych oraz MSWiA.

W ocenie Izby taki sposób przeprowadzenia prezentacji przez Zamawiającego nie może decydować o uznaniu, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający w toku podejmowanych czynności nie uwzględnił sygnalizowanych przez wykonawców trudności, jak również odstąpił od powtórzenia pokazu, który został wyznaczony na dzień 07.09.2010 r. Ze względu na sposób przeprowadzenia prezentacji, poczynione w jej trakcie ustalenia nie mogą, w ocenie Izby, stanowić przesłanki do uznania, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ i tym samym stanowić dowodu przeciwnego wobec treści samej oferty, treści dokumentów załączonych do oferty, treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz przedłożonych przez niego w ramach postępowania odwoławczego dowodów.

Izba nie dała wiary twierdzeniom Zamawiającego, który w toku rozprawy nie potrafił określić, jakie nowe okoliczności poskutkowały, iż pomimo pierwotnego uznania oferty Odwołującego za spełniającą wymagania zawarte w SIWZ postanowił, bez powtórzenia czynności prezentacji przedmiotu dostawy, odrzucić ofertę złożoną przez Odwołującego. Zamawiający w powyższym zakresie wskazał jedynie, iż powyższe spowodowane było wskazaniem nieprawidłowości w ocenie oferty Odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach postępowania o sygn. akt KIO 1455/10. Izba w niniejszym składzie, w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż oferta Odwołującego nie była przedmiotem odwołania i badania przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1455/10.

Izba wskazuje, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ przy jednoczesnym uwzględnieniu zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przesłanek faktycznych. Przesłanki faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego decydowały o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu powyższego zarzutu.

Tym samym Izba poddała ocenie fakt, czy stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia w ofercie Odwołującego powodują, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego w przedmiocie jednoznacznego wykazania, iż oferowany przez Odwołującego bezpilotowy statek powietrzny nie spełnia określonych w pkt 3 SIWZ wymogów w zakresie transmisji (pkt 10 tabeli) oraz sterowania (pkt 11 tabeli). Czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak wynika z uzasadnienia zawartego w piśmie z dnia 30.08.2010 r., została dokonana przez Zamawiającego w oparciu o przebieg prezentacji, bez odniesienia się do treści złożonej przez wykonawcę oferty oraz treści złożonych przez niego w toku postępowania wyjaśnień. Wszakże przedstawione przez Odwołującego okoliczności oraz przebieg prezentacji dokonanej w dniu 14.05.2010 r. mogą jedynie wskazywać, iż oferowany przez Odwołującego produkt w tym dniu był nieprzygotowany do próbnego lotu. Powyższe zostało zasygnalizowane Zamawiającemu w postaci uwag uczestników prezentacji oraz po rozstrzygnięciu postępowania w piśmie z dnia 02.09.2010 r. Wszakże Odwołujący wraz z odwołaniem przedstawił dowód w postaci przetłumaczonego na język polski oświadczenia pana Donalda Effrena – Prezesa AutoCopter, z którego wynika, iż bezzałogowy aparat latający G-15 umożliwia wysyłanie wszystkich parametrów lotniczych i parametrów dodatkowych, zdjęć kolorowych i termicznych oraz dźwięku w czasie rzeczywistym operatorowi naziemnemu oraz umożliwia programowanie lotu (trasa, prędkość) i sterowanie ręczne w zakresie 500 metrów, jak również posiada zdolność do lądowania awaryjnego – a więc parametrów, które zostały zakwestionowane przez Zamawiającego w trakcie pokazu mającego miejsce w dniu 14.05.2010 r.

Izba pragnie również wskazać, iż Zamawiający wyznaczył na dzień 07.09.2010 r. powtórny prezentację bezpilotowego statku powietrznego, jednakże dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania przed tą datą, tj. przed zakończeniem czynności badania oraz oceny ofert. Powyższe może również wskazywać, iż Zamawiający *de facto* nie dokonał powtórnej oceny i badania ofert, której istotnym elementem była prezentacja.

Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę przewidziany przez Zamawiającego sposób oceny spełnienia przez zaoferowany produkt wymagań określonych w SIWZ konieczne może okazać się przeprowadzenie powtórnej prezentacji. W ocenie Izby niemożliwe jest dokonanie prawidłowych i zgodnych z zasadami udzielania zamówień publicznych czynności badania i oceny ofert w oparciu o wadliwe czynności faktyczne składające się na proces badania i oceny ofert. Ze względu na rolę, jaka została nadana prezentacji przez Zamawiającego w zakresie oceny, czy oferowany w ramach dostawy produkt spełnia wymagania techniczne określone w SIWZ, tylko prawidłowe i obiektywne przeprowadzenie prezentacji może

doprowadzić do dokonania badania i oceny ofert w sposób zapewniający zachowanie zasad udzielania zamówień publicznych.

Tym samym Izba uznała, iż odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było czynnością przedwczesną i pozbawiona podstaw faktycznych.

W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

III. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp na skutek nieuzasadnionego ze względów faktycznych oraz prawnych unieważnienia postępowania, co nastąpiło w wyniku zaniedbania obowiązku należytego wyjaśnienia treści oferty złożonej Odwołującego Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 31.08.2010 r. przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu wszystkich ofert w postępowaniu i w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż ze względu na uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp brak było podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego była przedwczesna, gdyż Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, iż celem prezentacji było zbadanie zgodności oferty z treścią SIWZ w części technicznej, zaś efekt pokazu wskazuje, iż ta forma wyjaśnień jest rozbieżna z treścią oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający, w ocenie Izby, był obowiązany powyższe rozbieżności usunąć choćby przy pomocy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę fakt, iż rozpatrywanie kwestii naruszenia przez Zamawiającego określonego przepisu ustawy Pzp dochodzi przy uwzględnieniu wskazanej przez Odwołującego postawy faktycznej powyższego naruszenia, tj. dokonanej przez zamawiającego czynności oraz wskazania podstawy faktycznej zastosowania określonego przepisu, w tym wypadku podstawy faktycznej konkretnej przesłanki skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania ustalenie przez Izbę, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było czynnością przedwczesną wskazuje, iż nie została na tym etapie postępowania wypełniona hipoteza normy prawnej

wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż brak było na tym etapie postępowania podstaw faktycznych do zastosowania przez Zamawiającego instytucji uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

IV. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na skutek nieuzasadnionego ze względów faktycznych oraz prawnych unieważnienia postępowania, co nastąpiło w wyniku zaniedbania obowiązku należytego wyjaśnienia treści oferty złożonej Odwołującego Izba uznała, iż również zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 31.08.2010 r. przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu wszystkich ofert w postępowaniu i w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, analogicznie jak w zakresie pkt III niniejszego uzasadnienia, iż ze względu na uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp brak było podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego była przedwczesna, gdyż Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 zdanie drugie ustawy Pzp oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również w treści SIWZ nie żądał przedstawienia przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w pierwotnej wersji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ żądał złożenia wraz z ofertą przez wykonawców dokumentu w formie rzeczy, tj. statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń. Jednakże Zamawiający w toku postępowania odstąpił od powyższego wymogu i dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji SIWZ. Wykonawcy w celu potwierdzenia parametrów techniczny mieli dołączyć do oferty tabelę sporządzoną w oparciu o wzór dołączony do SIWZ (oferta parametry techniczne, str. 14 – 18 SIWZ) jednakże ten

dokument stanowi treść merytoryczną oferty i nie można uznać, iż jest on dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje, iż nie został on wyszczególniony w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również na powyższe wskazuje jego literalne brzmienie, iż wykonawcy mieli zawrzeć w jego treści w kolumnie 5 tabeli swoje propozycje dotyczące parametrów technicznych. Tego rodzaju sformułowanie wskazuje jednoznacznie, iż stanowi on treść oferty.

Jedynym dopuszczonym w treści SIWZ sposobem weryfikacji przez Zamawiającego, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania, jest prezentacja statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń.

W ocenie Izby tego rodzaju czynność można zakwalifikować jako oświadczenie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego należy uznać, iż oświadczenie to mogłoby stać się przedmiotem wyjaśnień w rozumieniu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie wyjaśnił wątpliwości mających miejsce w toku przeprowadzonej w dniu 14.05.2010 r. prezentacji bezzałogowego statku powietrznego, zaś protokół z powyższej czynności sporządził jednostronnie w dniu 30.08.2010 r. nie uwzględniając w jego treści wniosków i uwag wykonawców.

Wobec powyższego Izba uznała, iż brak było na tym etapie postępowania podstaw faktycznych do zastosowania przez Zamawiającego instytucji uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba pragnie wskazać, iż czynność odrzucenia oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia, czy jej treść jest zgodna z treścią SIWZ. Nie przerzuca to ciężaru dowodowego w tym zakresie na zamawiającego, lecz jedynie wskazuje, iż zamawiający w tym zakresie powinien dołożyć należytej staranności i uwzględnić naczelne zasady zamówień publicznych w ramach czynności badania i oceny ofert. Dopiero ustalenie przez Zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości, iż treść oferty jest niezgodna ze SIWZ lub zaniechanie przez wykonawcę aktywności w celu wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających ten fakt nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Również marginesie Izba pragnie wskazać, iż biorąc pod uwagę fakt, iż w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1455/10 Izba zaleciła Zamawiającemu rozważenie konieczności unieważnienia postępowania ze względu na fakt,

iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powyższe nie może sanować czynności Zamawiającego zmierzających do unieważnienia postępowania w oparciu o odmienną przesłankę prawną. Wszakże w zależności od przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom przysługują odmienne uprawnienia, jak choćby roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w oparciu o art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Kwestia ustalenia, czy w przedmiotowym postępowaniu dostawa przedmiotu zamówienia stanowi działalność koncesjonowaną oraz czy w związku z powyższym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc czy doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie leży jednak w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej rozpatrującej w obecnym składzie przedmiotowe odwołanie. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Biorąc jednakże zawarte w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1455/10 zalecenie Zamawiający powinien wziąć pod uwagę fakt, iż Odwołujący wykonuje działalność gospodarczą w oparciu o koncesję Nr B-036/2007 z dnia 16 kwietnia 2007 r. na dowód czego przekazał jej kopię Zamawiającemu w toku postępowania. Wszakże art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 roku 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.) penalizuje jedynie wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu określonymi przedmiotami bez koncesji lub wbrew warunkom określonym w koncesji. Tym samym jedyny wykonawca, którego oferta nie została jeszcze skutecznie odrzucona z postępowania posiada koncesję w zakresie obrotu materiałami i technologiami o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym, zaś ewentualny brak żądania przez Zamawiającego takiego dokumentu nie mógł wpłynąć na zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....