

POSTANOWIENIE
z dnia 2 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 listopada 2010 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cenrex sp. z o.o. (lider konsorcjum), Maskpol SA, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie, 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego **Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150** w przedmiocie dostawy kamizelek kuloodpornych na mundur i taktycznych zintegrowanych kamizelek kuloodpornych na mundur – część 1 zamówienia „Dostawa kamizelek kuloodpornych na mundur w ilości 1975 sztuk”

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – **LUBAWA S.A. z siedzibą w Grudziądzu, 86-300 Grudziądz, ul. Waryńskiego 32-36,**

działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), wobec cofnięcia odwołania w dniu 2 grudnia 2010 r. przed otwarciem rozprawy

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cenrex sp. z o.o. (lider konsorcjum), Maskpol SA, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie, 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23**

kwoty 13 500 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - 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, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150 - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kamizelek kuloodpornych na mundur i taktycznych zintegrowanych kamizelek kuloodpornych w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz.759, z późn. zm.) (dalej "ustawa Pzp"). Część 1 zamówienia obejmuje dostawę kamizelek kuloodpornych na mundur w ilości 1975 sztuk, a część 2 dostawę taktycznych zintegrowanych kamizelek kuloodpornych na mundur w ilości 150 sztuk (+ 4 sztuk do badań). Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. W dniu 12 listopada 2010 r. zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 i 2 zamówienia. W części 1 zamówienia za ofertę najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę wykonawcy: LUBAWA S.A., 86-300 Grudziądz, ul. Waryńskiego 32-36 jako zawierającą najniższą cenę.

W dniu 22 listopada 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Cenrex sp. z o.o. (lider konsorcjum), Maskpol SA, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie, 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru oferty wykonawcy LUBAWA S.A. jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy LUBAWA S.A. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowną ocenę ofert, odrzucenie oferty wykonawcy LUBAWA S.A. oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podnosił, iż oferta wykonawcy LUBAWA S.A. została podpisana przez osobę, która nie posiadała uprawnień do jej podpisania (Prezesa Zarządu LUBAWA S.A. ujawnionego w odpisie KRS wykonawcy), ponieważ nie jest on osobą uprawnioną do kierowania działalnością gospodarczą objętą zakresem koncesji udzielonej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Odwołujący wskazywał, iż dostawa obejmuje kamizelki kuloodporne stanowiące wyrób koncesjonowany zgodnie z rozporządzeniem 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 i obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.). Zgodnie z zapisami koncesji nr B-366/2003 z dnia 19 sierpnia 2003 r. oraz późniejszymi decyzjami (ostatnia decyzja nr 7 z dnia 14 stycznia 2010 r.) załączoną do oferty, osobami uprawnionymi do kierowania działalnością gospodarczą objętą zakresem koncesji są były

Prezes Zarządu Zbigniew Klepacki oraz pełnomocnik - Justyna Z. Tym samym w opinii odwołującego na dzień składania ofert - 9 listopada 2010 r. Prezes Zarządu Piotr Ostaszewski nie był osobą uprawnioną do kierowania działalnością koncesjonowaną - nie był wpisany do koncesji, tak więc nie był uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym koncesją. Pełnomocnikiem uprawnionym do kierowania działalnością gospodarczą w zakresie objętym koncesją była tylko i wyłącznie Justyna Z. i wyłącznie ona posiadała uprawnienie do podpisania oferty. Odwołujący argumentował, iż obecnie dopiero toczy się przed organem koncesyjnym postępowanie w trybie administracyjnym o wykreślenie dotychczasowego Prezesa Zarządu wykonawcy LUBAWA S.A. i wpisanie w to miejsce osób uprawnionych do kierowania działalnością gospodarczą w zakresie objętym koncesją tj. obecnego Prezesa Zarządu Piotra Ostaszewskiego, na potwierdzenie czego załączył pismo Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA z dnia 18 listopada 2010 r.). Zdaniem odwołującego wynika to jednoznacznie z art. 8 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. 67, poz. 679, z późn. zm.) (dalej „ustawa o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym”). Przepisy te wskazują warunki, jakie musi spełniać osoba kierująca działalnością gospodarczą w zakresie koncesjonowanym. Wymogi te mają charakter indywidualny i dotyczą konkretnej osoby (wymóg przygotowania zawodowego i wykształcenia, niekaralności, wieku, ukończenia specjalistycznych szkoleń, itp.). W przypadku przedsiębiorcy innego niż osoba fizyczna wymóg ten dotyczy co najmniej dwóch członków zarządu lub członka zarządu i prokurenta lub pełnomocnika ustanowionego przez zarząd. Osoby te winny być wskazane w koncesji imiennie. Zdaniem odwołującego dokumenty załączone przez wykonawcę LUBAWA S.A. nie potwierdzają, iż obecny Prezes Zarządu LUBAWA S.A. posiada uprawnienia do kierowania działalnością w zakresie obrotu towarami koncesjonowanymi. Podnosił ponadto, że samo skierowanie do organu koncesyjnego wystąpienia o wydanie lub zmianę koncesji nie jest równoznaczne z posiadaniem lub jej zmianą, gdyż organ koncesyjny może odmówić wydania koncesji lub nie dokonać wnioskowanej zmiany. Odwołujący stwierdzał, że na dzień składania ofert - 9 listopada 2010 r. oferta LUBAWA S.A. nie została podpisana przez osobę uprawnioną do podpisywania dokumentów w zakresie obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

W dniu 24 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę LUBAWA S.A.,

86-300 Grudziądz, ul. Waryńskiego 32-36, po stronie zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż otrzymał kopię odwołania w dniu 23 listopada 2010 r. i podnosił, iż jego interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego dotyczy ochrony własnej pozycji jako wykonawcy wybranego. W ocenie LUBAWA S.A. złożone odwołanie winno być odrzucone lub ewentualnie oddalone, a odwołujący w całości winien być obciążony kosztami wszczętego postępowania. Przystąpienie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS znajdującym się w aktach postępowania. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu. Zgłaszający przystąpienie podnosił, że przedmiotowe postępowanie było postępowaniem w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W myśl art. 64 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zapraszając do składania ofert przesyła SIWZ, przy czym do tego SIWZ nie stosuje się wyłącznie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosuje się więc tu także przepis art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, a ten stanowi jasno, że SIWZ zawiera także datę otwarcia ofert. Otwarcie ofert jest jawne, co oznacza, że czynność ta jest jawna dla każdej osoby, która chce w niej uczestniczyć. Zarzut podnoszony przez odwołującego nie dotyczy wyboru oferty LUBAWA S.A., ale zaniechania jej odrzucenia. To zaś możliwe było przed wyborem ofert, już od chwili otwarcia ofert. Podkreśla to sama ustawa Pzp, gdzie przepis art. 89 dot. odrzucenia ofert poprzedza przepis art. 91 dot. wyboru ofert. Oba zaś przepisy, co oczywiste, występują po art. 86 ustawy Pzp dot. otwarcia ofert. Mając więc na względzie brzmienie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w tym przypadku termin do wniesienia odwołania liczony jest nie od wyboru oferty i przesłania stosownej informacji faksem, ale od dnia w którym przy odpowiedniej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania i termin ten wnosi 10 dni od tej daty. Skoro oferty stały się jawne przed dniem wyboru najlepszej oferty, to zdaniem , że odrzucenie oferty winno nastąpić przed tym dniem. W konsekwencji więc, należy uznać, że termin do wniesienia odwołania upłynął przed dniem 22 listopada 2010 r., co uzasadnia odrzucenie odwołania. W zakresie argumentacji przemawiającej za oddaleniem odwołania, zgłaszający przystąpienie podnosił, odwołanie opiera się wyłącznie na dwóch zarzutach ze sobą powiązanych: tj. zarzucie naruszenie zasady równości i przestrzegania uczciwej konkurencji o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a więc zarzucie nieważności oferty LUBAWA S.A. na podstawie innych przepisów. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że odwołujący nie podał, jakie przepisy naruszyła oferta LUBAWA S.A., iż stała się nieważna. Powołany przez odwołującego przepis art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, dotyczy nie ważności oferty, ale okoliczności związanych z uzyskaniem koncesji. Przepis ten nie decyduje więc w ogóle o ważności oferty. Warunki zaś ujęte w tym przepisie LUBAWA S.A. spełniła, skoro koncesję uzyskała i nadal ją posiada. W świetle zaś

art. 14 ustawy Pzp do czynności dokonywanych w postępowaniu przez zamawiającego i wykonawców stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, chyba że ustawa stanowi inaczej. W zakresie samej oferty, w ustawie Pzp mówi o niej tylko art. 82, który wymaga dla jej ważności zachowania formy pisemnej. W pozostałym więc zakresie, o ważności oferty jako oświadczenia woli wykonawcy, zgodnie z art. 14 ustawy PZP decydują już przepisy kodeksu cywilnego. W zakresie więc oferty składanej przez Spółkę akcyjną (czyli LUBAWA S.A.), reprezentowaną przez jej organ w postaci Zarządu, decydujące znaczenie mają art. 66 par. 1 k.c, art. 38 k.c. oraz art. 368 par. 1 i art. 373 par. 1 kodeksu spółek handlowych. Pierwszy z nich stanowi, że oferta to jednostronne oświadczenie woli, drugi stanowi, że osobę prawną reprezentuje organ określony we właściwej ustawie i statucie, dwa ostatnie zaś stanowią, że spółkę akcyjną reprezentuje zarząd w sposób określony w statucie. Zgodnie z pkt VI.2.1.2. SIWZ, konieczne było przedłożenie kopii aktualnego wypisu z rejestru. LUBAWA S.A. taki dokument złożyła, a z jego treści wynika jasno, że Prezesem tej Spółki jest Piotr Ostaszewski i on jako Prezes jest uprawniony do jednoosobowego reprezentowania Spółki, a więc także składania ofert w jej imieniu jako jej organ. Analizowana sytuacja tj. złożenie oferty przez prawidłowo działający Zarząd osoby prawnej, który nie został jeszcze ujęty w koncesji na działalność, która jest przedmiotem procedury z zamówień publicznych, była już przedmiotem oceny Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych, w wyroku z dnia 16 lutego 2006 r. UZP/ZO/0-405/06. Z przytoczoną tam argumentacją prawną należy się w całej rozciągłości zgodzić. Podniesiono tam bowiem, że o uprawnieniu do działania w imieniu oferenta nie decyduje lista osób wymienionych w jakiegokolwiek koncesji, ponieważ oczywistym jest, że przesądza o tym statut i wpisy w KRS-ie. Podniesiono również, że „organ koncesyjny nie może ograniczyć strony w jej działaniach, które są zgodne z obowiązującym prawem, a konsekwencją konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej jest to, że przedsiębiorcy mogą w ramach prowadzonej działalności gospodarczej dokonywać czynności oraz działań, które nie są przez prawo zabronione". Jest to o tyle logiczne, gdyż koncesja udzielana jest na osobę prawną, a nie na rzecz osób uprawnionych do jej reprezentowania. W rozstrzygnięciu tym wskazano więc jednoznacznie, że nie jest możliwe do zaakceptowania stanowisko, że ważną ofertę może złożyć tylko i wyłącznie osoba wymieniona w koncesji. Byłoby to bowiem sprzeczne z przepisami prawa cywilnego i handlowego, określających przesłanki ważności złożenia jednostronnego oświadczenia woli jaką jest oferta. Nie bez znaczenia jest tu także dodatkowo argumentacja prawna podniesiona w uzasadnieniu, że oferta to nie to samo co zawarcie umowy. Złożenie oferty wcale nie oznacza, że nawet w przypadku wygrania przetargu, że umowa zostanie zawarta. Powołany przez odwołującego przepis art. 36 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi także nie ma tu zastosowania, bo LUBAWA S.A. koncesję ma i działa

zgodnie z ustawą - jej oferta dotyczy bowiem działalności objętej koncesją i poza nią nie wykracza. Piotr Ostaszewski zaś nie prowadzi działalności koncesjonowanej, a więc on jako taki spełniać warunków do uzyskania koncesji nie musi, a więc on osobiście nie działa w/w ustawie. Żadne zaś postępowanie w sprawie uchylecia koncesji się nie toczy, co oznacza, że Spółka LUBAWA S.A. spełnia wymogi o których mowa w ustawie o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w ogóle jest nieuzasadniony. Przepis ten formułuje dwie zasady obowiązujące w zamówieniach publicznych: zasadę równości oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zasadniczo więc chodzi tu przede wszystkim o warunki określone w SIWZ, a w szczególności warunki związane z potencjalną umową i warunki, które są wymagane przy złożeniu oferty (por. wyrok KIO UZP z 24.11.2009 r., KIO/UZP 1533/09, czy też wyrok KIO UZP z 11.4.2008 r., KIO UZP 275/08). Oceniany SIWZ gwarantuje równy dostęp do prowadzonej procedury każdemu podmiotowi, posiadającemu koncesję. Zdaniem LUBAWA S.A. przyjęcie argumentacji Cerex sp. z o.o. doprowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej i równej konkurencji, gdyż mogłoby skutkować odrzuceniem oferty podmiotu posiadającego ważną koncesję. Zgłaszający przystąpienie podnosił, iż odwołujący sugerujący w pismach iż LUBAWA S.A. nie ma koncesji lub działa wbrew ustawie o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, oparte na kłamliwych twierdzeniach, dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, związanego z rozpowszechnianiem informacji wprowadzających w błąd co do stanu prawnego LUBAWA S.A. w celu eliminacji tej Spółki z uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Odwołujący cofnął w dniu 2 grudnia 2010r. wniesione odwołanie. Cofnięcie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu Cenrex sp. z o.o. - lidera konsorcjum uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji na podstawie odpisu z KRS załączonego do odwołania. Lider konsorcjum jest uprawniony do reprezentacji obu wykonawców w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 29 października 2010 r. udzielone przez Maskpol S.A. zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisie z KRS znajdującym się w aktach sprawy.

Uwzględniając powyższe, Izba działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane w/w odwołaniem. Równocześnie Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy LUBAWA S.A., 86-300 Grudziądz, ul. Waryńskiego 32-36, z uwagi na spełnienie przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....