

Sygn. akt: KIO 433/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 07.03.2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

wobec cofnięcia w dniu **06.03.2013 r.** przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26.02.2013 r.** przez wykonawcę **MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o. o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o. o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno 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. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia na: „dostawę fabrycznie nowych zestawów naprawczych, taśm i lin do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK - 12”, Nr sprawy: 19/2013, zostało wszczęte przez Jednostkę Wojskową 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków zwana dalej: „Zamawiającym” ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 034-053829 z dnia 16.02.2013 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

W dniu 26.02.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 182 ust. 2 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.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie Pzp MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o. o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno zwany dalej: „MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o. o.” albo „Odwołującym” na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.02.2013 r. (faxem). Niniejszym zarzucił Zamawiającemu, iż przygotowując ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ, naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 25 ust. 1 Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które są zbędne do przeprowadzenia postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o: 1 - uwzględnienie odwołania, 2 - nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na podstawie art. 38 ust. 4a Pzp, o dokonanie stosownej zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Po dokładnej analizie treści ogłoszenia oraz SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania stwierdzam, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę zdolnego sprostać wymaganiom Zamawiającego. Tym samym, ograniczył krąg

potencjalnych wykonawców, którzy mimo posiadania przedmiotu objętego zamówieniem najwyższej światowej jakości, spełniający wszystkie obiektywne potrzeby takiej jednostki jaką jest Zamawiający, nie mogą złożyć oferty zgodnej z SIWZ. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, oraz określenie warunków w zakresie Zadania 2 - *dostawa taśm łączących, nylonowych do urządzeń awaryjnych hamowania samolotów typu BAK-12 spełniające warunki eksploatacyjno-techniczne (WET)* oraz Zadania 3 - *dostawa lin stalowych, wychwytyjących z krążkami podpierającymi przeznaczone do montażu na stacjonarnych urządzeniach awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12, spełniające warunki eksploatacyjno - techniczne (WET)* dokonane zostało z naruszeniem przepisów wymienionych powyżej.

Zadanie 2 - taśmy łączące, nylonowe do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12. Zamawiający w pkt. III pkt 1 SIWZ określił, iż Zadanie nr 2, tj. dostawa taśm łączących, nylonowych do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK - 12 musi spełniać warunki eksploatacyjno -techniczne, zawarte w załączniku Nr 2b do SIWZ (dalej jako „*WET 2b*”). Zgodnie z pkt III ppkt 2) WET 2b *taśma ma być wykonana zgodnie z normą MIL-W-38461C*. Zgodnie z pkt IV ppkt 3) WET 2b - *wymagane jest oświadczenie producenta urządzeń BAK-12, że dostarczona część zamienna (innego producenta niż ESCO) może być eksploatowana w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu*.

Zadanie 3 - liny stalowe, wychwytyjące z krążkami podpierającymi przeznaczone do montażu na stacjonarnych urządzeniach awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12. Zamawiający w pkt. III pkt 1 SIWZ określił, iż Zadanie nr 3, tj. dostawa lin stalowych, wychwytyjących z krążkami podpierającymi przeznaczona do montażu na stacjonarnych urządzeniach awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12, spełniać musi warunki eksploatacyjno-techniczne zawarte w załącznikach: nr 2c do SIWZ - dla lin stalowych 9D54-A205A34 oraz nr 2d do SIWZ - dla lin stalowych 9D00054-A280A48 (dalej jako „*WET 2c*” „*WET 2d*”). W WET (załącznik nr 2C do SIWZ) określono, że Wykonawca zobowiązany będzie złożyć *oświadczenie producenta urządzeń BAK-12, że dostarczona część zamienna może być zastosowana w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu*. Natomiast w WET (załącznik nr 2d do SIWZ) postawiony został wymóg, aby złożyć *oświadczenie producenta urządzeń BAK-12, że dostarczona część zamienna (innego producenta niż ESCO) może być eksploatowana w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu*.

W powyżej wymienionych dokumentach, tj. WET (Załącznik nr 2b do SIWZ), WET (Załącznik nr 2c do SIWZ), WET (Załącznik nr 2d do SIWZ) niezrozumienie, a tym samym niedopuszczalność wywołuje zapis o potrzebie przedstawienia dla dostaw - stanowiących

Zadanie 2 i 3 - autoryzacji producenta urządzenia BAK -12. Systemy BAK-12 są wykorzystywane powszechnie w siłach zbrojnych NATO. Warunki taktyczno-techniczne dla elementów systemu zostały określone jednoznacznie przez obowiązujące w Siłach Zbrojnych USA normy obronne MIL-A-38202C (dla urządzenia BAK-12) oraz MIL-W-38461C (dla taśm nylonowych). Nadrzędność normatywna norm MIL definiujących elementy systemu BAK-12 pozwala twierdzić, że nie może być tu mowy o zastrzeganiu prawa własności intelektualnej w stosunku do zastosowanych przez producentów elementów systemu BAK-12 rozwiązań, w szczególności więc także dla taśm oraz lin. Definiują je odgórnie w/w normy.

Pod Natowskim Numerem Katalogowym NSN 1710-01-449-2810 taśm nylonowych o numerze rysunku 52W1203-47 wskazane są dwie firmy oferujące taśmy dla BAK-12:

- firma ESCO producent systemu BAK-12 (który produkcję taśm a także lin zleca poddostawcy) oraz
- firma Victor Balata Company - producent i oryginalny dostawca taśm nylonowych m.in. dla Sił Zbrojnych USA. Z idei kodyfikacji sprzętu poprzez nadawanie NSN wynika, że oferowane przez w/w firmy wyroby są wzpółzamiennie. Ujawnienie na rynku dostaw więcej niż jednego dostawcy daje gwarancję lepszej dostępności sprzętu i konkurencyjnych cen.

Firma ESCO - producent systemu BAK-12- nie produkuje ani lin ani taśm. Z ustaleń dokonanych przez Odwołującego wynika, że Armia Amerykańska nie zaopatruje się ani w liny, ani w taśmy w firmie ESCO, która jako pośrednik - nie może konkurować cenowo z oryginalnymi producentami tych wyrobów. Podkreślił, iż Systemy BAK-12 są wykorzystywane powszechnie w siłach zbrojnych NATO. Warunki taktyczno-techniczne dla elementów systemu zostały określone jednoznacznie przez obowiązujące w Siłach Zbrojnych USA normy obronne MIL-A-38202C (dla urządzenia BAK-12) oraz MIL-W-38461C (dla taśm nylonowych). Także w Siłach Powietrznych: Izraela, Korei Pd, Arabii Saudyjskiej, Niemiec, Holandii, Indii, Włoch, Francji, które wykorzystują system BAK-12, elementy systemu BAK-12 są nabywane bezpośrednio u ich producentów z pominięciem pośrednika, jakim jest producent systemu BAK-12 firma ESCO. Dysponując powyższą wiedzą, wydaje się oczywistym, że przy wymaganiu przedstawienia autoryzacji producenta BAK-12 na dostawę do systemu taśm nylonowych i lin stalowych, producent systemu BAK-12 nie wyda dokumentu autoryzującego dla rozwiązania firmy z nim konkurującej. To w rezultacie skutkować będzie brakiem możliwości złożenia przez innego, niż przedstawiciel firmy ESCO, Wykonawcę ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W tym miejscu pragniemy odnieść się do innych postępowań realizujących zakupy na potrzeby polskich sił zbrojnych, w których to - niejako przez analogię - należałoby dokonać ograniczenia tylko do jednego Wykonawcy dostaw części zamiennych do każdego rodzaju sprzętu użytkowanego przez SZRP np. samolotów CASA-C295, C-130, czołgów PT-91, radarów, urządzeń

nawigacyjnych TACAN, radiostacji firmy Harris itp. Skoro jednak w tych przypadkach Zamawiający nie stosują takich praktyk i w tym przypadku precedens jest niedopuszczalny.

Zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który gwarantuje wykonawcom zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podstawowym celem zasady równego traktowania jest zapewnienie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach, a także zamierzających w nim wziąć udział równych szans w dostępie do rynku zamówień publicznych oraz sprzyja tym samym celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków przez zamawiających. Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie, opisał przedmiot zamówienia w sposób, który już na początku eliminuje wszystkich potencjalnych wykonawców, oprócz firmy ESCO. Zamawiający, określając opis przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty ograniczonej liczbie wykonawców, naruszył rażąco opisane powyżej podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/02/09. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż swoim działaniem Zamawiający naruszył również przepis art. 25 ust 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców jedynie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wymóg złożenia oświadczeń producenta urządzeń BAK 12 jest wymogiem nadmiernym i nieuzasadnionym w kontekście nie tylko opisu przedmiotu zamówienia, ale i zasad określonych w Pzp. Mając na uwadze powyższe, żądał usunięcia pkt. IV 3) dotyczącego przedstawienia dla dostaw autoryzacji producenta urządzenia BAK - 12 z WET (Załącznika nr 2b do SIWZ), WET (Załącznika nr 2c do SIWZ), WET (Załącznika nr 2d do SIWZ), pkt VIII ppkt 3 SIWZ w zakresie zadania 2 i 3 oraz w ogłoszeniu o zamówieniu pkt V1.3) sekcji VI (Informacje uzupełniające) tiret 2 i 3 - dotyczący zadania 2 i 3.

Zamawiający w dniu 27.02.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MMC Consulting S.C., ul. Safony 7, 03-642 Warszawa zwany dalej: „MMC Consulting S.C.” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 05.03.2013 r. (faxem), a w dniu 06.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Zamawiający stwierdził, że w związku z otrzymaniem w dniu 05.03.2013 r. pisma od

Inspektora Wsparcia Sił Zbrojnych nr 8072/13 w sprawie wyrażenia zgody na zmianę WET – ów stanowiących załączniki do SIWZ, uwzględnił odwołanie w całości wraz ze wszystkimi zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Oświadczył, że po jego stronie przystąpił MMC Consulting S.C. Nadto, wskazał, że w przypadku braku sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego odnośnie czynności uwzględnienia odwołania w całości, wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W dniu 06.03.2013 r. (faxem) wpłynęło pismo wycofujące przystąpienie Przystępującego po stronie Zamawiającego MMC Consulting S.C.

W dniu 06.03.2013 r. (faxem) MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o. o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno cofnęło odwołanie, przed otwarciem rozprawy, wniesione do Prezesa KIO w dniu 26.02.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej). Wykonawca stwierdził, że w dniu 05.03.2013 r. Zamawiający uwzględnił jego zarzuty, zaś w dniu 04.03.2013 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osoby umocowane, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 433/13.

Na podstawie do art. 187 ust. 8 zd. 2 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:**

.....