

**WYROK**  
z dnia 2 października 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 roku przez Odwołującego: **„LUBAWA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa,**

przy udziale - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„SILTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa (lider Konsorcjum) oraz K. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ha3o K.H. (członek Konsorcjum),**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **„LUBAWA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),** uiszczoną przez Odwołującego: **„LUBAWA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: *Dostawa zestawu kamizelek śmigłowcowego personelu latającego*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2014 roku pod numerem 2014/S 080-139986.

W dniu 10 września 2014 roku Zamawiający przesłał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia – za pośrednictwem faksu - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 19 września 2014 roku „LUBAWA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim [zwana dalej: „Odwołującym”] wniosła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wybranej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SILTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz K. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ha3o K. H. (członek Konsorcjum), w sytuacji, gdy w/w wykonawcy zaoferowali inny przedmiot zamówienia niż przedmiot zamówienia określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”],
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie obowiązku równego traktowania wykonawców i nie uwzględnienie przy ocenie złożonych ofert faktu, że zakres TŚM określony w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SILTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz K. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ha3o K. H. (członek Konsorcjum) oraz w ofercie złożonej przez Odwołującego są całkowicie odmienne, a przedmiot oferty Odwołującego w tym zakresie jest produktem o wyższej przydatności i funkcjonalności, ale też o wyższych kosztach jego wytworzenia.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie w całości odwołania,
- unieważnienie dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SILTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz K. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ha3o K. H. (członek Konsorcjum) jako oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ,
- ponowne dokonanie wyboru ofert, a w tym wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
- oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, iż określony przez Zamawiającego przedmiot zamówienia obejmował tzw. pakiet logistyczny, którego kluczowym elementem były zestawy remontowych technicznych środków materiałowych [zwanym dalej: „TŚM”], co bezpośrednio wynika z treści pkt VII.3 SIWZ, pkt 09.06 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia [zwanego dalej: „SOPZ”] oraz z treści załącznika nr 8 do SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż każdy z oferentów musiał zadeklarować czy jego oferta spełnia obligatoryjne wymogi określone w tabeli zgodności z wymaganiami dla zestawu kamizelek śmigłowcowego personelu latającego, przy czym jednym z tych wymogów było przedstawienie w ofercie ukompletowanych zestawów remontowych technicznych środków materiałowych. Oferta nie spełniająca obligatoryjnych wymogów w tym zakresie powinna być zostać odrzucona zgodnie z treścią SIWZ. W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „SILTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz K. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ha3o K. H. (członek Konsorcjum) zaoferowali zestaw czyszcząco-konserwujący jako zestaw TŚM. W ocenie Odwołującego środki służące do kosmetyki dostarczonych produktów w żaden sposób nie spełniają w/w wymogu, gdyż nie dają możliwości naprawy przedmiotu dostawy w sytuacji zużycia się niektórych części składowych lub innych elementów. Odwołujący wskazywał, że w przypadku kamizelek dla personelu śmigłowcowego, elementem, który będzie podlegać najszybszemu zużyciu, są ich poszycia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający żądał zaoferowania w ramach przedmiotu dostawy także elementów zapewniających długotrwałą eksploatację przedmiotu dostaw, przez możliwość samodzielnej wymiany zużytych elementów dostarczonych produktów, co oznacza, że żądał elementów dostarczonego wyposażenia, które będzie się zużywać najszybciej i tym samym będzie podlegać wymianie, co musiało oznaczać zaoferowanie dodatkowych poszyc. Wskazywał, że zestaw kosmetyczny, nie jest w stanie przywrócić możliwości używania głównego przedmiotu dostaw w zakresie elementów

podlegających najszybszemu zużyciu, jakimi są poszycia zewnętrzne. Odwołujący podnosił, że mechaniczne uszkodzenia, przetarcia itp., które są normalnym następstwem używania kamizelek, nie dadzą się usunąć za pomocą zestawu kosmetycznego, którego główny składnik to preparat służący eliminacji wilgoci lub usunięciu korozji. Odwołujący podkreślał, że nawet zaplecze materiałowe w postaci zestawu łat, nitek i igieł, nie spełniałoby wymów określonych w SIWZ, choć nawet tego nie zaoferowano w ramach oferty, która została wybrana. Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający określił, iż TŚM musi być elementem oferty, to zaplecze rezerw materiałowych ujęte w ofercie, musi zapewnić odzyskanie pełnej funkcjonalności zużytego przedmiotu dostaw, co może być osiągnięte tylko przez wymianę poszyc, gdyż one mogą ulec zużyciu przed upływem normatywnego okresu normalnej eksploatacji innych części składowych, np. wkładów batalistycznych. Odwołujący powołał na potwierdzenie swojego stanowiska korespondencję, którą prowadził z Zamawiającym po otwarciu ofert, w związku z wezwaniem do wyjaśnień w zakresie spełniania wymogów, określonych przez Zamawiającego, przez przedmiot dostawy w zakresie TŚM, gdzie Odwołujący wyjaśniał, że TŚM oznacza stworzenie rezerw materiałowych, gwarantujących możliwość prawidłowego i długiego używania przedmiotu dostaw oraz, że w przypadku takiego przedmiotu dostaw jakim są kamizelki, TŚM oznacza całe poszycia. Po takich wyjaśnieniach oferta Odwołującego nie została odrzucona, co zdaniem Odwołującego oznacza, iż oferowane przez niego poszycia jako TŚM, spełniały wymogi określone w SIWZ.

Odwołujący powołał się ponadto na normatywną definicję TŚM dotyczącą dostaw wojskowych, a określoną w pkt 2 ppkt 42 Decyzji MON nr 72/MON z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którą techniczne środki materiałowe to części zamienne (zespoły, podzespoły, mechanizmy i urządzenia), zestawy eksploatacyjne i naprawcze oraz środki chemiczne, narzędzia i inne materiały eksploatacyjno-naprawcze, wskazując, iż z definicji tej wynika, że oferta obejmująca TŚM musi obejmować takie składniki, które będą pełniły funkcję naprawczą, a więc będą bezpośrednio nadawały się do przywrócenia zdolności użytkowych dostarczonych produktów, zmniejszonych na skutek ich używania. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że zachodzi materialna niezgodność treści wybranej oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ, polegająca na zaoferowaniu innego przedmiotu zamówienia niż przedmiot zamówienia określony w SIWZ, co stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał ponadto, że wybrana oferta nie spełnia także innych warunków określonych w SIWZ przez Zamawiającego, tj. w pkt 07.12.05 SOPZ, zgodnie z którym przedmiot dostaw powinien mieć możliwość przechowywania w magazynach lub pomieszczeniach w temperaturze otoczenia od -10°C do +25°C. Odwołujący wskazał, że z Karty charakterystyki preparatu konserwującego WD-40, zaoferowanego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jako element wyposażenia kamizelek, wynika, że temperatura przechowywania wynosi +15°C do +25°C, co oznacza że element wyposażenia kamizelek, nie może być przechowywany w warunkach wymaganych przez Zamawiającego, a określonych w treści SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący podnosił, że nie można wykluczyć, że oferowane przez poszczególnych wykonawców TŚM różniłyby się między sobą zakresem rodzajowym i zakresem funkcjonalności (np. gotowe poszycia, jak w ofercie Odwołującego, czy zestawy naprawcze - nici, elementy wyposażenia ). Odwołujący wskazał, że jedynym kryterium oceny złożonych ofert była ostateczna cena przedmiotu dostawy, obejmująca nie tylko kamizelki, ale także TŚM, a w sytuacji, w której TŚM może mieć różnorodny charakter, to brak dodatkowego kryterium oceny ofert, prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, gdyż w zakresie TŚM oferty są całkowicie nieporównywalne. Dodatkowo wskazał, że również w zakresie TŚM jego oferta jest korzystniejsza dla Zamawiającego, gdyż tylko ona zapewnia możliwość dokonania naprawy dostarczonych kamizelek, przy czym tego rodzaju sytuacja nie miałaby miejsca, gdyby TŚM miały charakter jednolity. Stwierdził też, że z uwagi na wprowadzenie procedury przetargu ograniczonego co do zasady adresowanego do wyspecjalizowanego kręgu dostawców, nie zakładał, że oferty mogą obejmować różne rozumienie TŚM przez oferentów. Ta okoliczność stała się dopiero oczywista na etapie oceny złożonych ofert. W jego ocenie wybór jako najkorzystniejszej oferty tylko w oparciu o kryterium ceny, w sytuacji gdy oferty poszczególnych wykonawców w zakresie TŚM powinny podlegać odmiennej ocenie, obejmującej także funkcjonalność i zdolności naprawcze oferowanego TŚM, prowadzi do nierównego traktowania oferentów.

W dniu 22 września 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „SILTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz K. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ha3o K. H. (członek Konsorcjum) – zwani łącznie dalej: „Przystępującym” – zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z: wniosku w sprawie wyboru trybu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego oraz przez Przystępującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także korespondencji stron oraz z Karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego – AEROZOL WD-40, załączonej przez Odwołującego do odwołania z dnia 19.09.2014 r., jak i z oświadczenia Kierownika Badań i Rozwoju WD-40 Company Ltd. wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego, złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 1 października 2014 r.

Izba postanowiła oddalić zgłoszone przez Odwołującego następujące wnioski dowodowe:

1. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci zapytania Zamawiającego skierowanego do Odwołującego z dnia 1.09.2014 r. oraz wyjaśnień Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 4.09.2014 r. w zakresie okoliczności wskazanych przez Odwołującego w tezie dowodowej, gdyż kwestia oceny oferty Odwołującego, który zaoferował dodatkowe poszycia nie jest okolicznością sporną.
2. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z Decyzji Nr 72/MON z dnia 25 marca 2013 roku w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej – w zakresie pkt 2.42 – zgłoszonego na okoliczność normatywnej definicji technicznych środków materiałowych, przyjętej na potrzeby dostaw uzbrojenia i innego wyposażenia o przeznaczeniu wojskowym, z uwagi na to, że przedmiotem postępowania dowodowego jest ustalenie faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, natomiast ustalenie stanu prawnego nie może być przedmiotem postępowania dowodowego.
3. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka A. J. zgłoszonego na okoliczność uzasadnienia dla zaoferowania przez Odwołującego jako TŚM dodatkowych poszyć, oceny TŚM zaoferowanego przez wybrane Konsorcjum oraz możliwości porównania obu ofert, z uwagi na to, że kwestia zaoferowania przez Odwołującego w ramach własnej oferty dodatkowych poszyć nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, nie jest ona

okolicznością sporną oraz z uwagi na niewłaściwy dobór środka dowodowego, co do wykazania pozostałych okoliczności.

W toku rozprawy w dniu 1 października 2014 r. Odwołujący zmodyfikował ww. wniosek dowodowy wnosząc o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka A. J. na okoliczność, iż poszycia kamizelek są elementem podlegającym zużyciu, a więc podlegającym konieczności naprawy.

Skład orzekający Izby oddalił również zmodyfikowany wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka A. J. z uwagi na to, że okoliczności, które miałyby być wykazane za pomocą tego środka dowodowego, tj. iż poszycia kamizelek są elementem podlegającym zużyciu zostały przyznane przez Zamawiającego w toku rozprawy w dniu 1 października 2014r.

4. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii materiałowej dostaw wojskowych zgłoszony na okoliczność ustalenia czy oferowany przez Przystępującego zestaw czyszcząco-konserwujący jest zgodny z legalną definicją technicznych środków materiałowych, określoną w pkt. 2.42 Decyzji Nr 72/MON z dnia 25 marca 2013 roku w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności ustalenia czy oferowany zestaw czyszcząco-konserwujący posiada funkcję naprawczą poszyć kamizelek z uwagi na to, że ocena czy zestaw czyszcząco-konserwujący jest zgodny z legalną definicją nie wymaga wiadomości specjalnych, a okoliczność, że zestaw ten nie posiada funkcji naprawczej poszyć kamizelek została przyznana przez Zamawiającego w toku rozprawy w dniu 1 października 2014r.

W toku rozprawy w dniu 1 października 2014 r. Odwołujący zmodyfikował ww. wniosek dowodowy wnosząc o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii materiałowej dostaw wojskowych na okoliczność, czy w przypadku kamizelek jest możliwa 8-letnia eksploatacja bez zużycia poszycia.

Skład orzekający Izby oddalił również zmodyfikowany wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii materiałowej dostaw wojskowych z uwagi na to, że okoliczności, które miałyby być wykazane za pomocą tego środka dowodowego, tj. że w przypadku kamizelek nie jest możliwa 8-letnia eksploatacja bez zużycia poszycia, zostały przyznane przez Zamawiającego w toku rozprawy w dniu 1 października 2014r.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.



Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wybranej oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy zaoferował on inny przedmiot zamówienia niż przedmiot zamówienia określony w SIWZ, jest bezzasadny.

W Rozdziale I (zatytułowanym: *Opis przedmiotu zamówienia*) w ust. 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] Zamawiający wskazał, że:

*„1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 600 zestawów kamizelek śmigłowcowego personelu latającego.*

*2. W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca:*

*1) dostarczy ukończenie zestawów remontowych technicznych środków materiałowych (TŚM), zestawów specjalistycznych narzędzi oraz materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-naprawczych;*

*2) przeprowadzi szkolenie teoretyczne i praktyczne personelu latającego oraz personelu służby wysokościowo-ratowniczej Użytkownika,*

*zgodnie Załącznikiem nr 1 do SIWZ”.*

W Rozdziale VII (zatytułowanym: *Opis sposobu przygotowania ofert*) w ust. 5 SIWZ, Zamawiający określił, iż:

*„5. Wykonawca musi opracować i przedstawić wraz z ofertą w formie wykazu:*

*1) ukończenie zestawów remontowych technicznych środków materiałowych (TŚM), zestawów specjalistycznych narzędzi oraz materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-remontowych zgodnie z Załącznikiem nr 9 „Specyfikacja pakietu logistycznego” do SIWZ;*

*2) zadania obsługowo-remontowe (naprawy, przeglądy, konserwacje, remonty), z uwzględnieniem zakresu oraz częstotliwości ich realizacji”.*

W załączniku nr 1 do SIWZ – *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* [zwanym dalej: „SOPZ”] – Zamawiający wskazał wykaz norm i standardów, w ramach których wymienił: Decyzję Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 marca 2013 roku w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,

a dodatkowo wskazał, że podstawą opracowania SOPZ jest m.in. decyzja, o której mowa powyżej.

W SOPZ w pkt 09.06 Zamawiający jako wymaganie obligatoryjne określił, że: „Wykonawca powinien opracować i przedstawić wraz z ofertą ukompletowanie zestawów remontowych technicznych środków materiałowych (tśm), zestawów specjalistycznych narzędzi oraz materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-remontowych”. Z kolei w Załączniku nr 9 do SIWZ zawarto wzór specyfikacji pakietu logistycznego, w ramach którego należało wykazać ukompletowanie ww. zestawów.

Zgodnie z pkt 2 ppkt 42 Decyzji Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 marca 2013 roku w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej [Dz. Urz. MON z 2013 r., poz. 78, z późn. zm.] techniczne środki materiałowe (tśm) to części zamienne (zespoły, podzespoły, mechanizmy, urządzenia), zestawy eksploatacyjne i naprawcze oraz środki chemiczne, narzędzia i inne materiały eksploatacyjno-naprawcze.

Ze specyfikacji pakietu logistycznego załączonego przez Przystępującego do oferty wynika, że zaoferował on ukompletowanie zestawów remontowych technicznych środków materiałowych (TŚM) w postaci zestawów czyszcząco-konserwujących w ilości 600 kompletów, wskazując dodatkowo, że zestawy specjalistycznych narzędzi oraz materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-naprawczych nie są wymagane dla zaoferowanego zestawu kamizelek śmigłowcowego personelu latającego. Przystępujący wyjaśnił, że w ramach obsługi użytkownik będzie wykonywał czynności czyszczenia i konserwacji zestawu. Jednocześnie w informacji o zadaniach obsługowo-remontowych Przystępujący wskazał, że oferowane zestawy kamizelek śmigłowcowego personelu latającego wymagają w ramach zadań obsługowo-remontowych wykonywania czynności czyszczenia i konserwacji zestawów w zakresie podstawowym (zakres użytkownika) każdorazowo przed przystąpieniem do użytkowania.

W związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty z dnia 1 września 2014 roku Przystępujący wyjaśnił, że w skład jednego kompletu zestawu czyszcząco – konserwującego wchodzi następujące elementy:

- preparat do konserwacji i smarowania (WD-40) o poj. 200 ml.;
- smar silikonowy w aerozolu (CX80) o poj. 300 ml.;
- szczotka włosiana;
- flanela 25cmx25cm – 2 szt.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby wskazuje, że Zamawiający określił, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa 600 zestawów kamizelek śmigłowcowego personelu latającego, w ramach której wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia ukompletowania zestawów remontowych technicznych środków materiałowych (TŚM), zestawów specjalistycznych narzędzi oraz materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-naprawczych. Natomiast Zamawiający w treści SIWZ nie określił, co należy rozumieć przez TŚM i co wykonawcy zobowiązani są zaoferować w ramach TŚM.

Definicję legalną TŚM zawiera cytowany powyżej pkt 2 ppkt 42 Decyzji Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej, zgodnie z którym przez TŚM należy rozumieć części zamienne (zespoły, podzespoły, mechanizmy, urządzenia), zestawy eksploatacyjne i naprawcze oraz środki chemiczne, narzędzia i inne materiały eksploatacyjno-naprawcze. Definicja powyższa odnosi się do remontowych technicznych środków materiałowych dotyczących sprzętu wojskowego w ogólności, a nie tylko do kamizelek, które stanowią przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że z użytego w tej definicji sformułowania: „i inne materiały eksploatacyjno-naprawcze” wynika wniosek, iż zawarty w definicji powyższej katalog TŚM nie jest wyczerpujący, lecz ma charakter otwarty. Ponadto, z ww. definicji legalnej TŚM wynika, że pod pojęciem TŚM mieszczą się również środki o charakterze eksploatacyjnym i środki chemiczne zaoferowane przez Przystępującego.

Skoro sam Zamawiający nie określił co powinni wykonawcy zaoferować w ramach TŚM, to tym samym należy przyjąć, iż Zamawiający dopuścił różnorodny charakter TŚM. W przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy zaoferowali różnorodne zestawy remontowych technicznych środków materiałowych.

Odwołujący podnosił, że w przypadku kamizelek dla śmigłowcowego personelu latającego jedynym elementem wyposażenia, który będzie podlegać najszybszemu zużyciu, są ich poszycia, co w konsekwencji oznacza, że wypełniając wymóg postawiony przez Zamawiającego w zakresie dostarczenia elementów zapewniających długotrwałą eksploatację kamizelek, wykonawcy winni byli zaoferować dodatkowe poszycia. Natomiast zestaw zaoferowany przez Przystępującego nie jest w stanie przywrócić możliwości używania kamizelek w zakresie elementów podlegających najszybszemu zużyciu, tj. w zakresie poszyć zewnętrznych.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego podkreślić należy, że Zamawiający w treści SIWZ nie wyspecyfikował w żaden sposób, elementów zestawów remontowych technicznych środków materiałowych. Z treści SIWZ nie wynika też, że TŚM oferowane przez poszczególnych wykonawców powinny umożliwiać w szczególności odzyskanie pełnej funkcjonalności odnoszącej się wyłącznie do poszyć kamizelek. W związku z powyższym

należałoby uznać, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawcy mogli dostarczyć różnorodne TŚM, gdyż sam Zamawiający nie stawiał żadnych warunków w tym zakresie. Sami wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu zaofერowali różne środki w ramach TŚM. Odwołujący zaofერował tylko i wyłącznie zapasowe poszycia jako wyposażenie dodatkowe w ramach TŚM kierując się tym, że z jego długoletniej praktyki wynika to, że newralgicznymi elementami kamizelek, które podlegają wcześniejszemu zużyciu są właśnie poszycia zewnętrzne. Jednocześnie zaofერował różną ilość poszyć w zależności od rodzaju kamizelki. W przypadku kamizelek ewakuacyjnej i ratowniczej zaofერował 600 dodatkowych poszyć, a w przypadku kamizelki balistycznej tylko 200 dodatkowych poszyć, tj. 3 razy mniej dodatkowych poszyć niż oferowane sztuki kamizelek balistycznych. Z kolei Przystępujący – zaofერował zestaw czyszcząco-konserwujący, w skład którego wchodziły też środki chemiczne i eksploatacyjne, tj. preparat do konserwacji i smarowania (WD-40) o poj. 200 ml., smar silikonowy w aerozolu (CX80) o poj. 300 ml., szczotkę włosianą oraz flanelę 25cmx25cm. W toku rozprawy Przystępujący wskazywał, że *„najbardziej newralgicznym elementem oferowanych przez niego kamizelek, w szczególności kamizelki ewakuacyjnej są karabińczyki i klamry, gdyż np. w kamizelce ewakuacyjnej należy zapewnić udźwig do 100 kg, w związku z czym niezbędne jest zapewnienie właściwej eksploatacji tego sprzętu, który jest używany także w wodzie. Bez właściwej eksploatacji ten produkt wytrzymałby 2-3 lata, natomiast Przystępujący zaofერował produkt konserwujący, który ma zapewnić jak najdłuższą przydatność w okresie wymaganym przez Zamawiającego. (...) materiały przez niego użyte do poszycia są tak dobrej jakości, że zachowują zdolność prawidłowego użytkowania przez cały okres wymagany przez Zamawiającego. (...) W przypadku produktu oferowanego przez Przystępującego w ramach TŚM wystarczą elementy konieczne jedynie do konserwacji uprząży i klamer”*. Oferta, która została sklasyfikowana na trzecim miejscu, tj. oferta złożona przez Glomex MS s.r.o., jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, złożonych w toku rozprawy, zawierała jeszcze inne elementy w ramach TŚM, tj. zawory, podkładki, nakrętki, gdyż wykonawca ten uznał, iż te właśnie elementy są niezbędne do zapewnienia prawidłowego użytkowania oferowanych przez niego kamizelek śmigłowcowego personelu latającego.

Nie ulega wątpliwości, iż w treści SIWZ Zamawiający nie zawarł konkretnych oczekiwań co do przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym się do żądania ukompletowania zestawów remontowych technicznych środków materiałowych. Tym samym pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom co do właściwego doboru TŚM do oferowanych przez nich kamizelek. Natomiast, twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający w ramach TŚM wymagał dostarczenia takich środków materiałowych, które przywróciłyby zdolności użytkowe i funkcjonalność kamizelek głównie w zakresie dotyczącym poszyć, nie znajdują odzwierciedlenia w treści SIWZ.

Nie sposób też zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że z definicji legalnej TŚM zawartej w ww. Decyzji Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej wynika, iż TŚM muszą obejmować elementy, obejmujące funkcję naprawczą. Owszem TŚM mogą obejmować również środki materiałowe spełniające funkcje naprawcze, ale mogą również obejmować środki o charakterze eksploatacyjnym. W ocenie składu orzekającego Izby, słusznie wskazywał Zamawiający w toku rozprawy, że katalog TŚM zawarty w pkt 2 ppkt 42 ww. Decyzji ma charakter otwarty, na co wskazuje sformułowanie: „i inne materiały eksploatacyjno–naprawcze”, o czym była mowa już wcześniej. Zestaw czyszcząco-konserwujący zaoferowany przez Przystępującego w ramach zestawu TŚM, zawiera się w pojęciu TŚM, obejmującym środki chemiczne i materiały eksploatacyjno-naprawcze.

W ocenie składu orzekającego Izby, Przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia w zakresie TŚM zgodny z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w treści SIWZ, a zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w tym zakresie jest bezzasadny.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, z uwagi na nie spełnienie wymagania określonego w pkt 07.12.05 SOPZ, skład orzekający Izby, ustalił, że także ten zarzut jest bezpodstawny, z następujących względów.

W pkt 07.12.05 SOPZ Zamawiający wskazał, że: *„Każda z kamizelek powinna mieć możliwość przechowywania w magazynach lub pomieszczeniach spełniających następujące warunki: - temperatura otoczenia od -10 °C do +25 °C (...)”*.

Odwołujący załączył do odwołania Kartę charakterystyki preparatu niebezpiecznego – Aerosol WD-40 z dnia 29.01.2009 r. sporządzoną przez dystrybutora tego produktu – Amtra Sp. z o. o. Z treści tej Karty wynika, że temperatura przechowywania preparatu jest od 15 °C do +25°C. Natomiast Przystępujący w toku posiedzenia w dniu 1 października 2014 roku złożył oświadczenie Producenta produktu WD-40, podpisane przez Kierownika Badań i Rozwoju, z dnia 29 września 2014 roku, z którego wynika, że produkty z linii WD-40 (aerosol oraz płyn) mogą być przechowywane w warunkach magazynowych w temperaturze od -10 °C do +25°C.

Z treści pkt 07.12.05 SOPZ wynika, że wymóg w nim określony dotyczy temperatury przechowywania kamizelek, a nie odnosi się on bezpośrednio do TŚM dostarczanych w ramach przedmiotu zamówienia. Zatem temperatura przechowywania, określona w pkt 07.12.05 SOPZ, dotyczy wyłącznie kamizelek latającego personelu śmigłowcowego, a już nie dotyczy TŚM, dostarczanych wraz z kamizelkami.

Niemniej jednak, nawet, gdyby uznać, że wymóg dotyczący temperatury przechowywania nie dotyczy wyłącznie kamizelek, ale także i elementów składających się na TŚM, dostarczane wraz z kamizelkami, to z oświadczenia pochodzącego od producenta,

a przedstawionego przez Przystępującego w toku posiedzenia w dniu 1 października 2014 roku wynika, że oferowany przez niego produkt może być przechowywany w temperaturze od -0°C do +25°C. Dokument ten jest aktualny, a odwołujący nie zakwestionował prawdziwości ani rzetelności tego dokumentu.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby, uznał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

**II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie obowiązku równego traktowania wykonawców i nie uwzględnienie przy ocenie złożonych ofert faktu, że zakres TŚM określony w ofercie złożonej przez Przystępującego oraz w ofercie złożonej przez Odwołującego są całkowicie odmienne, a przedmiot oferty Odwołującego w tym zakresie jest produktem o wyższej przydatności i funkcjonalności, ale też o wyższych kosztach jego wytworzenia.**

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., w ocenie składu orzekającego Izby, nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących względów.

Odwołujący wskazywał w uzasadnieniu odwołania, iż w sytuacji, gdy TŚM może mieć różnorodny charakter, to brak dodatkowego kryterium oceny ofert prowadzi do nierównego traktowania oferty Odwołującego, gdyż w zakresie TŚM oferty złożone w postępowaniu są całkowicie nieporównywalne. W ocenie Odwołującego, jego oferta w zakresie TŚM jest zdecydowanie korzystniejsza dla Zamawiającego, gdyż tylko ona zapewnia możliwość dokonania naprawy dostarczonych kamizelek.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert wskazał kryterium najniższej ceny. W treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2014 roku pod numerem 2014/S 080-139986 w sekcji IV Zamawiający wskazał, że kryterium udzielenie zamówienia jest najniższa cena. Postanowienie to znajduje również odzwierciedlenie w treści SIWZ. Mianowicie w Rozdziale X (zatytułowanym: *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty*) w ust. 1 SIWZ, Zamawiający określił, iż: „1. Wszystkie oferty niepodlegające odrzuceniu zostaną poddane ocenie według kryterium ceny, o znaczeniu 100%”.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie

10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że zarzuty odnoszące się do kwestii doboru kryteriów oceny ofert na tym etapie postępowania, są spóźnione. Uwzględnienie przez Zamawiającego, tak jak żąda tego Odwołujący, przy ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, także innych kryteriów niż kryterium najniższej ceny, prowadziłoby do naruszenia przez Zamawiającego szeregu przepisów ustawy P.z.p., poczynając od naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., art. 131k ust. 2 ustawy P.z.p., czy choćby art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2 oraz § 3 pkt 1 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....