

Sygn. akt: KIO 2890/22

WYROK
z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę **Lubawa S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim**,
w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Lubawa S.A. 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 tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa w roku 2023 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – szelki do przenoszenia oporządzenia*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 października 2022 r. pod nr 2022/S 204-583157.

W dniu 31 października 2022 r. wykonawca Lubawa S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie:

- 1) wymagania przedmiotowego środka dowodowego, który z przyczyn obiektywnych nie jest możliwy do uzyskania przez potencjalnego wykonawcę w dniu składania ofert, przy jednoczesnym wskazaniu szczególnych wymagań, które wykonawcy muszą spełnić, aby zapewnić bezpieczeństwo dostaw;
- 2) nieudostępnienia wraz z treścią ogłoszenia obowiązującej Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej wzór 988A/MON, na podstawie której przedmiotowy środek dowodowy ma być uzyskany przez potencjalnego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 16 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 106 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, poprzez usunięcie wymogu przedstawienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej wydane przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi (WOBWSM) dla szelek do przenoszenia oporządzenia wzór 988A/MON, z terminem wystawienia po 26.04.2022 r., z ewentualnym nałożeniem obowiązku przedstawienia przez wybranego w wyniku prowadzonego postępowania wykonawcę przedmiotowego dokumentu jako warunku zawarcia umowy w terminie do 10 stycznia 2023 r., ewentualnie unieważnienie przedmiotowego postępowania w związku z zaistnieniem przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem Sekcji VI pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu wykonawca zobowiązany będzie wraz z ofertą złożyć następujące przedmiotowe środki dowodowe: zaświadczenie o zgodności zakładowego wzoru

z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno- Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej wydane przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi (WOBWSM) dla szelek do przenoszenia oporządzenia wzór 988A/MON, z terminem wystawienia po 26.04.2022 r. Przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa powyżej nie będą podlegały uzupełnieniu.

Odwołujący wskazał, że sposób pozyskania ww. zaświadczenia o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą WDTT reguluje szczegółowo Instrukcja oceny zgodności wzorów zakładowych przedmiotów umundurowania i wyekwipowania z Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną/Wymaganiami Techniczno-Użytkowymi i wzorem przedmiotu umundurowania i wyekwipowania do produkcji seryjnej wprowadzona do użytku służbowego Rozkazem Dziennym Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej (WOBWSM) na 108/2022 z dnia 27.09.2022. (dalej: Instrukcja oceny). Zgodnie z rozdz. III pkt 5 tego dokumentu Wykonawca/Dostawca przed złożeniem wniosku o przeprowadzenie procesu oceny zgodności jest zobowiązany do zapoznania się z: 1) treścią niniejszej Instrukcji oraz cennikiem, 2) obowiązującą WDTT/WTU/WT/PWT, 3) wzorem PUiW (przedmiotu umundurowania i wyekwipowania) do produkcji seryjnej – w siedzibie WOBWSM po pisemnym uzgodnieniu terminu, co potwierdza oświadczeniem w składanym wniosku.

Odwołujący podniósł, po dokonaniu czynności opisanych w rozdz. III pkt 5 ppkt 1 i 2 zwrócił się do Komendanta WOBWSM o uzgodnienie terminu, w ramach którego możliwe byłoby zapoznanie się Odwołującego z wzorem PUiW do produkcji seryjnej, na dowód czego Odwołującego przedstawił pismo z 25 października 2022 r. W odpowiedzi na powyższe pismo, Komendant WOBWSM pismem 25 października 2022 r. poinformował, że brak jest wnioskowanego wzoru PUiW, a tym samym ocena opisywanego PUiW przebiegać winna tylko w oparciu o WDTT/WTU.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z rozdz. II pkt 3 Instrukcji oceny Wykonawca/Dostawca wraz z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie procesu oceny zgodności przekazuje do Kancelarii WOBWSM m.in. raporty/świadczenia z badań laboratoryjnych których zlecniodawcą może być tylko i wyłącznie Wykonawca/Dostawca składający wniosek o przeprowadzenie procesu oceny zgodności lub Producent badanego materiału/wyrobu gotowego. Omawiane badania winny być wykonane w laboratorium posiadającym akredytację wymaganą dla materiałów zastosowanych do produkcji danego PUiW i/lub wyrobów gotowych. W związku z powyższym Odwołujący bezzwłocznie zainicjował proces pozyskiwania wymaganych materiałów, a także zwrócił się do akredytowanych jednostek badawczych o przedstawienie oferty na przeprowadzenie omawianych badań. Z uwagi na największą złożoność i zakres badań wymaganych dla

tkaniny zasadniczej poliestrowej TO-1 (PWT 23:2008), z której wykonywany ma być przedmiot niniejszego postępowania, ww. zapytania Odwołującego skupiły się na tym newralgicznym elemencie (pozostałe badania są możliwe do przeprowadzenia w bardzo krótkim czasie). Z udzielonych na ww. zapytania odpowiedzi wynika, że wnioskowane badania będą możliwe do przeprowadzenia w terminach:

- po 15 grudnia 2022 r. – w przypadku Instytutu Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX”,
- w ciągu 2,5 tygodnia od momentu dostarczenia próbek i podpisania umowy – w przypadku Sieci Badawczej Ł. - Łódzkiego Instytutu Technicznego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w trybie przyspieszonym skróconym. Uzasadnia to potrzebami Sił Zbrojnych RP opisanymi szczegółowo w ww. ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający planuje zawarcie umowy na dostawę w pierwszej dekadzie stycznia 2023 r. (Sekcja IV.1.1.) ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji, po weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w etapie pierwszym, Odwołujący spodziewa się wyznaczenia terminu składania ofert w połowie listopada 2022 r. Zamawiający jest zobowiązany udostępnić wykonawcom dokumenty, które są niezbędne do przygotowania i złożenia przez wykonawców ofert. Brak udostępnienia na stronie prowadzonego postępowania Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT) dla szelek do przenoszenia oporządzenia wzór 988A/MON powoduje dodatkowe opóźnienie w uzyskaniu wymaganego przez Zamawiającego przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ wykonawca musi we własnym zakresie uzyskać przedmiotową dokumentację. Również brak wzoru zakładowego, z którym wykonawca mógłby się zapoznać w WOBWSM oraz brak udostępnienia próbek przedmiotu zamówienia powoduje, że wykonawca jest zmuszony podejmować działania opierając się wyłącznie na treści WDTT.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. III pkt. 8.1 Instrukcji oceny proces oceny zgodności wzorów zakładowych realizowany jest przez WOBWSM w terminie do 25 dni roboczych – dla PUiW tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania (szelki do przenoszenia oporządzenia), z tym że procedura może być przedłużana w przypadkach opisanych rozdz. III pkt 9 Instrukcji oceny. Przyjmując zatem najbardziej optymistyczny scenariusz i ustalone powyżej terminy, celem prawidłowego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, niezbędne będzie przeprowadzenie następujących sekwencji działań:

- zainicjowanie badań w laboratorium akredytowanym – termin odpowiednio od 2,5 tygodnia do nawet po 15 grudnia 2022 r.,

- skompletowanie wymaganych wyników badań i innej wymaganej dokumentacji – termin: 1-2 dni,
- wykonanie 2 egzemplarzy wzorów ww. szelek do badań (zgodnie z rozdz. II pkt 4.1 Instrukcji oceny), co ważne – wykonanych z materiałów poddanych wcześniej ww. badaniom (zgodnie z rozdz. II pkt. 4.4. Instrukcji oceny) – termin 7 dni,
- przeprowadzenie przez WOBWSM procesu oceny zgodności ww. wzorów zakładowych szelek – termin: do 25 dni roboczych.

Odwołujący wskazał, że zakładając zainicjowanie ww. czynności 2 listopada 2022 r., to ich zakończenie, a w konsekwencji uzyskanie wymaganego przez Zamawiającego na etapie składania ofert przedmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej będzie możliwe nie wcześniej aniżeli w dniu 30.12.2022 r.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma świadomość, jakie czynności musi podjąć wykonawca oraz jak długo trwa uzyskanie przez potencjalnego wykonawcę ww. przedmiotowego środka dowodowego. Świadczy o tym chociażby Informacja dla wykonawców dotycząca opracowywania nowych wzorów umundurowania i wyekwipowania oraz ich pozyskania dla Sił Zbrojnych RP z 20 listopada 2020 r., którą Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej. Ponadto Zamawiający miał wiedzę o planowanym pozyskaniu w 2023 r. szelek do przenoszenia oporządzenia, o czym świadczy zamieszczona również na stronie Zamawiającego Informacja dla Wykonawców o PUiW planowanych do zakupu w postępowaniach na dostawy w 2023 r., która (zgodnie z informacją/właściwościami pliku) ostatni raz została zmodyfikowana 13 kwietnia 2022 r. Zamawiający 15 września 2022 r. dokonał również modyfikacji Planu postępowań, w którym uwzględnił pozycję „Szelki do przenoszenia oporządzenia”. Pomimo posiadania wiedzy o tym, który wzór szelek do przenoszenia oporządzenia będzie przedmiotem planowanego zamówienia, w żadnym z powyższych dokumentów, Zamawiający nie określił, na podstawie jakiej dokumentacji mają zostać wykonane szelki do przenoszenia oporządzenia. W żadnym z powyżej wymienionych dokumentów Zamawiający nie wskazał WDTT wzór 988A/MON, który jest nowym wzorem szelek do przenoszenia oporządzenia, zatwierdzonym dopiero 10 maja 2022 r. Biorąc pod uwagę, że Siły Zbrojne RP bazowały na dotychczas obowiązującym WDTT wzór 988/MON oraz wzór 988P/MON, wykonawca nie miał wiedzy o zatwierdzeniu nowego wzoru 988A/MON. Zamawiający w tym zakresie nie dołożył należytej staranności, aby poinformować w odpowiednim czasie o planowanym zakupie nowych szelek do przenoszenia oporządzenia (wskazując wprost wzór 988A/MON) i zagwarantować

zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w planowanym postępowaniu.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że nieznany jest mu sposób oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia, ponieważ mimo że Odwołujący jest producentem szelek do przenoszenia oporządzenia, Zamawiający nie występował do niego z zapytaniem o przedstawienie szacunkowej oferty. Takie działanie ze strony Zamawiającego stanowiłoby istotną informację dla Odwołującego o dokładnym przedmiocie planowanego zamówienia i mogłoby zapobiec ograniczeniu konkurencji w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że skutkiem powyższych zaniedbań i braku pełnej informacji na stronie Zamawiającego jest brak możliwości przedstawienia przez wykonawców (dających rękojmię wykonania zamówienia) przedmiotowego środka dowodowego w trakcie trwania postępowania. W rzeczywistości Zamawiający był zmuszony wybrać tryb skrócony z uwagi na własne opóźnienie w zainicjowaniu postępowania, jednocześnie nie podjął się przeanalizowania, czy żądane „standardowo” przedmiotowe środki dowodowe wymagane w innych prowadzonych postępowaniach (trwających znacznie dłużej niż przedmiotowe postępowania na dostawę szelek do przenoszenia oporządzenia), są właściwe, biorąc pod uwagę czas potrzebny na uzyskanie przedmiotowego środka dowodowego. W zaistniałej sytuacji, Zamawiający mógł zawrzeć informację o nałożeniu obowiązku przedstawienia przez wybranego wykonawcę przedmiotowego dokumentu jako warunku sine qua non dla zawarcia umowy, nie zaś jako przedmiotowego środka dowodowego, który musi być złożony wraz z ofertą, co nie zagroziłoby terminowi realizacji zamówienia, i pozwoliło by uzyskać dokument w terminie do 10 stycznia 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że w Siłach Zbrojnych RP funkcjonują setki przedmiotów umundurowania i wyekwipowania, na których realizację obowiązują stosowne WDTT i odnośnie dostaw których niezbędne jest uzyskanie omawianego zaświadczenia o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą WDTT. Odwołujący jest w posiadaniu szeregu aktualnych zaświadczeń WOBWSM o posiadanych wzorach zakładowych PUiW. Co więcej, Odwołujący był autorem i inicjatorem pierwotnego wzoru szelek do przenoszenia oporządzenia, które do dzisiaj są używane w Siłach Zbrojnych. Odwołujący brał czynny udział w postępowaniach na dostawę szelek do przenoszenia oporządzenia. Zatem Odwołujący posiada niezbędny potencjał do wykonania przedmiotu zamówienia, a przy należyтым działaniu Zamawiającego mógłby bez przeszkód uzyskać z wyprzedzeniem wymagane zaświadczenie o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej.

Odwołujący wskazał, że opracowanie nowych wzorów PUiW, ich modyfikacje i zmiany, a także zasady opracowania i udostępnienia dokumentacji do produkcji seryjnej i wzorów PUiW są szczegółowo uregulowane w Załączniku nr 1 do decyzji na 314 Ministra Obrony Narodowej z dnia 28.10.2013 r. Podniósł, że z uwagi na bardzo dużą ilość funkcjonujących w Siłach Zbrojnych RP przedmiotów umundurowania i wyekwipowania, a także trwające ciągle procesy ich udoskonalania i zmian skutkujące zmianami w obowiązujących WDTT, działaniem całkowicie nieracjonalnym i sprzecznym z jakąkolwiek logiką i opłacalnością byłoby ciągle inicjowanie i prowadzenie prac mających na celu uzyskiwanie przez przedsiębiorcę zaświadczeń WOBWSM o zgodności losowo wybranych wzorów zakładowych PUiW z WDTT. Omawiane zaświadczenie o zgodności wzoru zakładowego PUiW z WDTT/WTU i wzorem PUiW jest bowiem dokumentem kluczowym tylko na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy danego PUiW dla Sił Zbrojnych RP. Tym samym pierwszym i najwcześniejszym momentem, w którym racjonalny przedsiębiorca powinien inicjować proces weryfikacji wzoru zakładowego konkretnego i zindywidualizowanego PUiW w trybie ujętym w Instrukcji oceny, jest moment publikacji przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu danego typu PUiW. Tak też się stało w przypadku Odwołującego, który swoje działania w zakresie uzyskania przedmiotowego środka dowodowego, wymaganego przez Zamawiającego na etapie składania ofert, zainicjował bez zbędnej zwłoki i przy zachowaniu maksymalnej należytej staranności wymaganej w opisywanych okolicznościach. Dodatkowo, mając na uwadze upływający termin zakończenia I etapu postępowania, Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz ze wszystkimi wymaganymi na tym etapie dokumentami. Na dzień złożenia odwołania, wnioski są w trakcie weryfikacji przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, postulowana zmiana wymagania poprzez wprowadzenie wymogu przedłożenia zaświadczenia o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno- Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej na etapie podpisania umowy, tj. w pierwszej dekadzie stycznia 2023 r., nie tylko w pełni zabezpieczy interesy Zamawiającego i nie wpłynie na zmianę terminów realizacji dostaw, ale także umożliwi wykonawcom uzyskanie zaświadczenia, a samemu Zamawiającemu pozwoli zrealizować obowiązek przestrzegania zasad udzielania zamówień wynikający z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest prowadzone w procedurze ograniczonej skróconej (pkt IV.1.1 ogłoszenia o zamówieniu). Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął 28 października 2022 r.

Zgodnie z punktem II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu (Krótki opis przedmiotu zamówienia):

Przedmiotem zamówienia jest dostawa w roku 2023 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – szelki do przenoszenia oporządzenia. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa zadania:

Zadanie nr 1 – Szelki do przenoszenia oporządzenia – 25 000 sztuk

Zadanie nr 2 – Szelki do przenoszenia oporządzenia – 25 000 sztuk

W ramach umowy Wykonawca będzie obowiązany do dostarczenia przedmiotów zamówienia do miejsc wskazanych przez Zamawiającego.

Przedmiot zamówienia musi być wyprodukowane według wymagań określonych w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT): WDTT 988A/MON oraz w Przedmiotowych Warunkach Technicznych PWT 23:2008.

Przedmioty zamówienia będą podlegały nadzorowaniu jakości realizowanemu przez RPW zgodnie z AQAP 2110 wydanie D wersja 1.

Termin realizacji:

Podpisanie umowy może nastąpić po 01.01.2023 r.

- w ramach zamówienia gwarantowanego:

Zadanie nr 1 – 6 000 szt. – do 31.03.2023 r., 10 000 do dnia 30.06.2023 r., 9 000 do dnia 30.09.2023 r.;

Zadanie nr 2 – 6 000 szt. – do 31.03.2023 r., 10 000 do dnia 30.06.2023 r., 9 000 do dnia 30.09.2023 r.;

- zamówienie realizowane w ramach prawa opcji: w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w roku 2023, Wykonawca zobowiązany jest do zrealizowania zamówienia objętego prawem opcji w terminie 90 dni od daty otrzymania od Zamawiającego zawiadomienia o uruchomieniu prawa opcji lub do dnia 30 listopada 2023 r. – w zależności od tego, który z terminów upłynie wcześniej.

Zgodnie z punktem VI.3 ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu:

Wykonawca zobowiązany będzie wraz z ofertą złożyć następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- zaświadczenie o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej wydane przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi (WOBWSM) dla szelek do przenoszenia oporządzenia wzór 988A/MON, z terminem wystawienia po 26.04.2022 r.

Przedmiotowe środki dowodowe o których mowa powyżej nie będą podlegały uzupełnieniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 99 ustawy Pzp stanowi:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. (...)

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub

pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z art. 106 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

Stosownie do art. 106 ust. 3 ustawy Pzp żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

W ocenie Izby żądanie przedmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenie o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. To samo dotyczy braku udostępnienia WDTT wraz z ogłoszeniem o zamówieniu.

Po pierwsze wskazać należy, że w odwołaniu nie kwestionowano (co Odwołujący przyznał podczas rozprawy) dopuszczalności żądania – jako przedmiotowego środka dowodowego – zaświadczenie o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (WDTT) i wzorem do produkcji seryjnej. Odwołujący nie twierdził, że tego rodzaju dokument nie może stanowić przedmiotowego środka dowodowego, czy że żądanie złożenia takiego dokumentu jest nieprzydatne do ustalenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego. Za okoliczność bezsporną należy więc uznać, że ww. zaświadczenie jest związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto w odwołaniu brak jest argumentacji wykazującej nieproporcjonalność tego środka dowodowego do przedmiotu zamówienia. Przez proporcjonalność przedmiotowego środka dowodowego należy rozumieć jego adekwatność i przydatność dla oceny spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego. Skoro Odwołujący nie twierdził, że ww. zaświadczenie jest nieadekwatne do celu, któremu ma służyć, to nie może być mowy o naruszeniu art. 106 ust. 2 ustawy Pzp.

W świetle twierdzeń przedstawionych w odwołaniu trudno również dopatrzeć się naruszenia niezgodności spornego środka dowodowego z art. 106 ust. 3 ustawy Pzp. Z odwołania nie wynika, aby wymaganie Zamawiającego postawiło w uprzywilejowanej pozycji niektórych wykonawców. W ocenie Izby sytuacja wszystkich wykonawców w tym zakresie jest taka sama – wszyscy dysponują takimi samymi informacjami oraz podlegają tej

samej procedurze związanej z ubieganiem się o wydanie spornego zaświadczenia. Z kolei okoliczność, że Odwołujący przewiduje problemy z uzyskaniem zaświadczenia przed terminem składania ofert, nie może być utożsamiana z bezprawnym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu. Problemy te nie muszą bowiem być wynikiem obiektywnych, niedających się przewidzieć przeszkód (o czym w dalszej części uzasadnienia).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zaświadczenie o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą WDTT mogło – w świetle przepisów art. 106 ust. 2 i 3 ustawy Pzp – być wymagane w postępowaniu jako przedmiotowy środek dowodowy, a zatem złożenie go powinno nastąpić wraz z ofertą, o czym wprost stanowi przepis art. 107 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby istotą zarzutów odwołania było twierdzenie, że ze względu na stosowany tryb postępowania wykonawca nie zdąży pozyskać takiego zaświadczenia przed terminem składania ofert. Na okoliczność przebiegu i czasu trwania procedury uzyskiwania zaświadczenia Odwołujący złożył dowody w postaci Instrukcji oceny zgodności wzorów zakładowych PUiW z WDTT/WTU i wzorem PUiW do produkcji seryjnej oraz odpowiedzi akredytowanych laboratoriów na zapytania Odwołującego dotyczące czasu potrzebnego na przeprowadzenie badań. Podkreślić jednak należy, że Odwołujący nie zakwestionował wybranego przez Zamawiającego trybu postępowania ze skróconym terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który to tryb – zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego – jest przyczyną wskazywanych trudności z uzyskaniem zaświadczenia przed terminem składania ofert.

Ponadto zauważenia wymaga, że skoro Odwołujący upatruje istoty naruszenia w tym, że niemożliwe jest pozyskanie dokumentu przed terminem składania oferty, to nie może to prowadzić do uwzględnienia odwołania na obecnym etapie postępowania, kiedy to termin składania oferty nie jest jeszcze znany, a Odwołujący opiera się jedynie na własnych przewidywaniach co do tego, na kiedy zostanie on wyznaczony. Jeżeli to zbyt szybki termin składania ofert leży u podstaw zarzutów, to Odwołujący powinien wnieść odwołanie wobec postanowień SWZ określających ten termin, nie zaś obecnie, kiedy termin ten nie został jeszcze wyznaczony.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby wykonawcy nie mogli powziąć stosownej wiedzy i podjąć kroków zmierzających do uzyskania zaświadczenia w czasie zapewniającym jego uzyskanie przed przewidywanym terminem składania ofert. Nie jest okolicznością sporną, że WDTT jest dostępna dla każdego zainteresowanego podmiotu, Odwołujący nie powoływał się na żadne problemy w jej uzyskaniu, co więcej – przyznał, że dokumentację tę pozyskał mimo nieudostępnienia jej wykonawcom przez Zamawiającego. Nie jest zatem zasadny zarzut

dotyczący niedołączenia tej dokumentacji do ogłoszenia o zamówieniu, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zostanie sformułowany dopiero w SWZ. Z tego też powodu – jak zresztą przyznał Odwołujący podczas rozprawy – zarzut ten został nieprawidłowo zakwalifikowany jako naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

Ponadto zauważenia wymaga, że nawet jeśli pozyskanie zaświadczenia o zgodności zakładowego wzoru z obowiązującą WDTT wymagało od wykonawcy podjęcia jeszcze przed wszczęciem postępowania określonych przygotowań i starań, to nie można z tej okoliczności wywodzić, że żądanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy. Zaznaczyć należy, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia są profesjonalistami, do których stosuje się podwyższony miernik staranności. Wykonawca, który systematycznie ubiega się o udzielenie podobnych zamówień powinien, zdaniem Izby, wiedzieć, że oferowany asortyment musi być każdorazowo zbadany pod kątem zgodności z WDTT. Zamawiający opublikował informację o planowanych zakupach wraz z odesłaniem do strony internetowej określającej zasady certyfikacji i uzyskiwania zaświadczeń. W tej sytuacji Odwołujący, mając zamiar ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, mógł z wyprzedzeniem podjąć czynności zmierzające do uzyskania zaświadczenia. Jeśli wykonawca nie podjął wcześniej żadnych kroków w tym zakresie, to jest to efekt albo niedołożenia należytej staranności, albo świadomej decyzji o ubieganiu się o takie zaświadczenie dopiero po ogłoszeniu postępowania, nie zaś braku obiektywnej możliwości ich podjęcia, co mogłoby być poczytywane za ograniczające konkurencję w postępowaniu.

Dodatkowo wskazać należy, że za zasadnością zarzutów odwołania w żadnej mierze nie przemawia podnoszona przez Odwołującego okoliczność braku obowiązującego wzoru seryjnego (błędnie określonego w odwołaniu jako wzór zakładowy). Jak wyjaśnił Zamawiający, nie dla każdego rodzaju dostaw istnieje obowiązujący wzór seryjny, co potwierdza przedłożone przez Odwołującego pismo Komendanta WOBWSM, który poinformował, że brak jest wnioskowanego wzoru PUiW, a tym samym ocena opisywanego PUiW przebiegać winna tylko w oparciu o WDTT/WTU. Brak wzoru seryjnego nie był więc żadną przeszkodą w uzyskaniu zaświadczenia.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: