

**WYROK**  
**z dnia 17 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:**                      **Agata Mikołajczyk**

Protokolant:                              Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022r. przez odwołującego: **AviTec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze** (ul. Wincentego Pola 35a 58-500 Jelenia Góra) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** (ul. Królewska 1/7 00-909 Warszawa),

przy udziale wykonawcy: **Air-Pol sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** (ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **AviTec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze** (ul. Wincentego Pola 35a 58-500 Jelenia Góra) 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 października 2022 r. przez wykonawcę AviTec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Agencję Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w trybie przetargu ograniczonego w procedurze przyspieszonej, w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę podstawowego spadochronu desantowego wraz z pakietem logistycznym, dokumentacją i szkoleniem”. Numer referencyjny AU/141/IX-85/ZO/PO/DOS/Z/2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE z dnia 21 października 2022 r. Nr 2022/S 204-583155.

Odwołujący wskazał:

- I. (...) wnoszę odwołanie na treść ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, tj. sekcję II.1.5) ogłoszenia dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia - w zakresie warunku trzeciego polegającego na wymogu, aby spadochron główny i zapasowy powinny być eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO”.

W punkcie II. Odwołania wykonawca wskazał, że Zamawiającemu zarzuca:

„1) naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny i istotnie utrudniający uczciwą konkurencję, tj. postawienie nieuzasadnionego wymogu, aby spadochron główny i zapasowy oferowany przez wykonawców był już w dacie składania oferty eksploatowany przez armię państwa należącego do NATO”.

W związku z powyższym w punkcie III tego odwołania wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: „zmiany zaskarżonego zakresu ogłoszenia poprzez usunięcie wymogu, aby, spadochron główny i zapasowy były eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO, ewentualnie wskazanie, że Zamawiający honorować będzie oferty zawierające produkty spełniające minimalne standardy techniczne (opisane na etapie SWZ) wykorzystywania spadochronów przez armie Państw należących do NATO”.

W punkcie IV odwołania podał, że „Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ będąc podmiotem zainteresowanym udziałem w przetargu, chciałby do niego przystąpić, lecz nieuzasadnione zapisy ogłoszenia o zamówieniu nadmiernie to utrudniają narażając Odwołującego na szkodę.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

1. Wymóg związany z eksploatacją spadochronu głównego i zapasowego przez armię państwa należącego do NATO.

Sednem postawionego przez Odwołującego zarzutu jest nieuzasadniony wymóg, aby spadochron główny i zapasowy będące przedmiotem zamówienia były eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO. Brzmienie zaskarżonego fragmentu ogłoszenia sugeruje, jakoby produktami zgodnymi z oczekiwaniami Zamawiającego były wyłącznie te spadochrony, które w dacie składania oferty wykonawcy byłyby już realnie użytkowane przez armię kraju należącego do NATO. Wskazany warunek stawiany spadochronom objętym zamówieniem nie znajduje żadnego uzasadnienia i nie przekłada się na fakt posiadania przez spadochron konkretnych cech mogących jakkolwiek wpływać na jego jakość czy przydatność. Zamawiający koncentruje się z nieznanych przyczyn nie na parametrach zamawianych zestawów spadochronowych, ale na fakcie czy takie zestawy zostały kiedykolwiek nabyte przez armię państwa przynależącego do Sojuszu Północnoatlantyckiego. Przy zakupie spadochronów kluczowe są ich parametry i zatwierdzenie do użytkowania przez właściwe instytucje – np. FAA czy EASA, które to certyfikują wspomniany sprzęt potwierdzając tym samym jego właściwe standardy użytkowania na całym świecie. Instytucji takich nie posiada natomiast w swoich strukturach organizacja NATO, której działalność koncentruje się na zupełnie innych celach i aspektach. Tym samym, wymóg użytkowania spadochronu przez armię państwa NATO nie przekłada się jakkolwiek na parametry ww. sprzętu, nie przesądza np. o jego wyższej jakości czy jakiegokolwiek specyfice. W kontekście użytkowania spadochronów przez wojska państw NATO, jedyną cechą wspólną, jakiej można się dopatrywać jest wymóg dotyczący długości liny desantowej spadochronu (15 ft). Trudno z tego wybranego parametru czynić wnioski o funkcjonowaniu na poziomie NATO jakichkolwiek charakterystycznych dla tej organizacji minimalnych standardów dla dopuszczenia do użytkowania spadochronów desantowych. Standardy te odbywają się bowiem w ramach certyfikacji przez wspomniane wyżej dedykowane takim zadaniom podmioty i to tam weryfikowane parametry powinny być miernikiem jakości przedmiotu zamówienia, co byłoby jedynym rozsądnym i powszechnie stosowanym rozwiązaniem przy zakupach sprzętu spadochronowego. Wskazując na wymóg związany z eksploatacją spadochronu głównego i zapasowego przez armię państwa należącego do NATO Zamawiający kreuje sztuczny warunek, który bezpośrednio ogranicza uczciwą konkurencję. Taki zapis ogłoszenia faworyzuje bowiem w nieuzasadniony niczym sposób np. tych wykonawców, którym już udało się wcześniej sprzedać spadochrony jednostkom wojskowym kraju NATO, podczas gdy poza kręgiem oferentów znajdują się wykonawcy, którzy dysponują co najmniej równie dobrymi spadochronami, ale nie będą one

honorowane tylko dlatego, że dany wykonawca wszedł wcześniej we współpracę z krajami, które formalnie do NATO nie przynależą.

W konsekwencji, o rozstrzygnięciu przetargu zdecydować może nie tyle jakość oferowanych produktów, co charakter wcześniejszej klienteli wykonawcy. Tymczasem, mówiąc wprost – o zakupie decydować powinny parametry/certyfikacja spadochronu (które jak się wydaje Zamawiający również na etapie ofert zamierza badać), nie zaś fakt kto wcześniej na świecie taki spadochron zdążył kupić.

W świetle zapisów ogłoszenia, będących przedmiotem odwołania Zamawiający w jaskrawy sposób ogranicza uczciwą konkurencję faworyzując wykonawców, którzy dysponują produktami już wykorzystywanymi w NATO, co jest niesłuszne – fakt ten nie świadczy bowiem jakkolwiek o jakości spadochronów, ich parametrach lecz jest sztucznym warunkiem ograniczającym krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie. Formułowanie konkretnych oczekiwań względem przedmiotu zamówienia jest jak najbardziej uzasadnione wówczas, gdy takie wymogi korespondują z realną potrzebą zamawiającego. W omawianej sprawie cecha wykorzystywania danego spadochronu przez armię członka NATO musiałaby zatem przekładać się na konkretne, pożądane cechy tego produktu. Tymczasem, jak wskazano poniżej, tak nie jest – fakt wykorzystywania spadochronów przez armie krajów NATO nie świadczy jakkolwiek o jakości sprzętu. Kluczowe są tu bowiem parametry, cechy techniczne, certyfikaty właściwych instytucji – nie zaś to, jaki podmiot wcześniej owe spadochrony zakupił. Jednocześnie, z analogicznych jak wyżej wskazane przyczyn wskazać należy, że ww. zapis ogłoszenia łamie zasadę proporcjonalności. Jego obecność nie jest bowiem przydatna dla Zamawiającego do realizacji celów zakupu – miernikiem jakości sprzętu spadochronowego są bowiem inne czynniki niż fakt wykorzystywania go przez tę czy inną armię. Powyższe potwierdza także piśmiennictwo. Jak wskazano w komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych: „Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą (...) takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. (...)”

Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów”.

Wyżej opisana sytuacja nie może być zaakceptowana w świetle zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Omawiany wymóg stawiany w ogłoszeniu powinien być z niego usunięty. Względnie, Zamawiający powinien już na tym etapie wyraźnie wskazać, że honorować będzie także produkty spełniające standardy armii NATO (jakkolwiek je rozumieć na bieżącym etapie przetargu), ale niekoniecznie już teraz przez armię Sojuszu eksploatowane”.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** wniósł o jego oddalenie i w uzasadnieniu w szczególności podał:

(...)

Stan faktyczny:

1. W dniu 21.10.2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/S 204—583155 zostało opublikowane „Ogłoszenie o zamówieniu” na dostawę podstawowego spadochronu desantowego („Ogłoszenie”). Postępowanie jest prowadzone na zasadach określonych w Rozdziale 3 PZP, w trybie przetargu ograniczonego w procedurze przyspieszonej.
2. Do Zamawiającego wpłynęły następujące wnioski o zmianę treści Ogłoszenia:
  - 1) „Wingstore Z. K.” w dniu 24.10.2022 r., wniosek o zmianę terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 07.11.2022 r. na dzień 02.12.2022 r.;
  - 2) „PARASNAKE A. S.” w dniu 25.10.2022 r., wniosek o zmianę terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 07.11.2022 r. na dzień 30.11.2022 r.;
- 3) „AviTec” Sp. z o.o. w dniu 26.10.2022 r. wniosek w sprawie zmiany:
  - a) terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. o zastąpienie terminu 07.11.2022 r. terminem 02.12.2022 r.;
  - b) warunku posiadania przez Wykonawców zdolności technicznych, tzn. wykonania, w okresie 5 lat przed terminem składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dostawy spadochronów desantowych lub ratowniczych o wartości min. 8 mln złotych, tj. o zmianę wartości przedmiotowej dostawy z 8 mln zł na 6 mln zł;
  - c) wymagania, aby spadochron główny oraz zapasowyy były eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO, tj. usunięcie tego wymagania lub zastąpienie go zapisem, że „zamawiający będzie honorować spadochrony o parametrach równoważnych.”
- 4) „CENZIN” Sp. z o.o. w dniu 27.10.2022 r., wniosek o zmianę terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 07.11.2022 r. na dzień 21.11.2022 r. oraz o usunięcie wymagania dotyczącego kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych;

- 5) „MarS” a.s. w dniu 28.10.2022 r., wniosek o zmianę terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 07. 11 .2022 r. na dzień 02.12.2022 r.;
  - 6) „PARATEC” GmbH w dniu 28.10.2022 r. wniosek o zmianę terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 07.11.2022 r. na dzień 02.12.2022 r.
3. W dniu 31.10.2022 r. Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/S 210—605534 zostało opublikowane „Sprostowanie. Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji” uwzględniające wnioski określone powyżej w ppkt 2.1, 3.a, 3.b, 5, 6.
4. W dniu 31.10.2022 r. Odwołujący złożył odwołanie (dalej „Odwołanie”) na treść Ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, tj. sekcję II. 1.5) ogłoszenia dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia - w zakresie warunku trzeciego polegającego na wymogu, aby spadochron główny i zapasowy oferowany przez wykonawców był już w dacie składania oferty eksploatowany przez armię państwa należącego do NATO.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt I i pkt 3 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny i istotnie utrudniający uczciwą konkurencję, tj. postawienie nieuzasadnionego wymogu, aby spadochron główny i zapasowy oferowany przez wykonawców był już w dacie składania oferty eksploatowany przez armię państwa należącego do NATO. Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 a) i b) PZP wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmianę zaskarżonego zakresu ogłoszenia poprzez usunięcie wymogu, aby spadochron główny i zapasowy były eksploatowane przez armię państwa należącego do Sojuszu Północnoatlantyckiego (NATO), ewentualnie wskazanie, że Zamawiający honorować będzie oferty zawierające produkty spełniające minimalne standardy techniczne (opisane na etapie SWZ) wykorzystywania spadochronów przez armie państw należących do NATO. Nadto wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający po dokonaniu analizy zarzutów odwołania wnosi o jego oddalenie wobec braku naruszenia art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP, tj. braku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny i istotnie naruszający uczciwą konkurencję. W żadnej mierze wymóg, aby spadochron główny i zapasowy był eksploatowany przez armię państwa należącego do NATO (aktualnie liczy 30 państw) nie jest ani wymogiem ograniczającym konkurencję, o czym świadczy liczba podmiotów zainteresowanych udziałem w tym postępowaniu, jak również nie jest wymogiem nieproporcjonalnym — nieuzasadnionym. Wskazać należy, iż uzasadnione potrzeby Zamawiającego mogą usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz

wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego Zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania Zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu, co potwierdza orzeczenie KIO 2184/13 z dnia 27.10.2013 r. Jednocześnie, zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym złożenie oferty.

Okoliczność, że wykonawca lub wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia publicznego, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Realizacja obowiązku zawartego w art. 99 ust. 4 PZP oznacza dla zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jednak postępowaniem, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Przy przestrzeganiu zasady, iż opis przedmiotu musi być jednoznaczny i wyczerpujący, zawierający dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia, a także uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek. Opis przedmiotu zamówienia powinien jednak umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego. Zasada wyrażona w przepisie art. 16 PZP nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem, a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom (por. wyrok z dnia 22 marca 2012 r., KIO 471/12). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden

wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 16 ust. 1 oraz 99 ust. 2 PZP (zob. wyrok z dnia 4 stycznia 2018 r., KIO 2707/17). Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych (zob. wyrok z dnia 1 lutego 2011 r., KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11).

To na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia nie wynikają ze zobiektywizowanych (rzeczywistych) potrzeb zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Zamawiający będąc członkiem NATO jest zobligowany do posiadania sprzętu wojskowego zgodnego ze standardami tej organizacji. Fakt użytkowania konkretnego spadochronu przez danego członka NATO stanowi potwierdzenie, iż sprzęt ten jest bezpieczny dla użytkownika, zgodny ze standardami NATO, a co za tym idzie przydatny operacyjnie. Z uwagi na to zarzut Odwołującego, iż liczy się tylko „klientela wykonawcy” a nie jakość jest chybiony. Na marginesie można tylko dodać, iż takie użytkowanie daje swojego rodzaju gwarancję zarówno jakości sprzętu jak także interoperacyjności pozyskanego sprzętu ze sprzętem eksploatowanym przez kraje sojusznicze. Od momentu wstąpienia do NATO, Siły Zbrojne RP mają za zadanie dążyć do wzajemnego współdziałania z państwami sojuszniczymi w domenie lądowej, powietrznej i morskiej. Działania powietrznodesantowe, do których przede wszystkim będą wykorzystywane spadochrony będące przedmiotem zamówienia, są specyficznym rodzajem działań, ze względu na konieczność wzajemnego współdziałania wojsk lądowych z wojskami lotniczymi. Powyższe jest niezbędne do wzajemnego wspierania działań poprzez wykorzystanie sprzętu wojskowego czy statków powietrznych. Takie działanie pozwala, w przypadku zagrożenia i uszczuplania zapasów możliwość wykorzystania zasobów państw sojusznika. Dla zobrazowania tego wymogu wskazać należy na podobną sytuację, która miała miejsce, gdy przed wstąpieniem do NATO standardem była amunicja 7,62 mm wykorzystywana przez karabiny AK-47, a następnie dokonano przejścia na kaliber 5,56 mm wykorzystywany przez państwa NATO. Pozwala to na przekazanie niezbędnych ilości amunicji pomiędzy państwami, co miało miejsce np. na misji w Iraku, czy Afganistanie.

Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazał w pkt II.1.5) ogłoszenia, jakie konkretne parametry wpływające na jego jakość i przydatność ma posiadać spadochron. Odwołujący powołuje się na brak, przy zakupie spadochronów, wskazania kluczowych ich parametrów. Tym samym Zamawiający wskazał, że dostarczany przedmiot zamówienia musi zostać oceniony pod kątem spełniania przez nich standardów użytkowania oraz bezpieczeństwa. Należy zauważyć, że pozyskany spadochron musi mieć możliwość jego wykorzystania na statkach powietrznych będących na wyposażeniu państw NATO, tj. C-130, C-17, czy CASA. Siły Zbrojne w przypadku pozyskania spadochronów nie użytkowanych przez NATO zobligowane byłyby do dostosowania tego sprzętu wojskowego do aktualnie użytkowanych statków powietrznych, a jest to proces skomplikowany i kosztowny, a nade wszystko niecelowy, gdyż Zamawiający zobligowany jest do osiągnięcia interoperacyjności sprzętu, co zostało już wyżej wskazane. Dodatkowo, można domniemywać, że jeżeli dany sprzęt nie jest dopuszczony do użytkowania w NATO, stoi w sprzeczności z interesem całego paktu. Siły Zbrojne RP, uczestnicząc w ćwiczeniach sojuszu, np. FALCON LEAP, wykonują zadania związane z interoperacyjnością wykorzystania wojsk powietrznodesantowych. Ponadto ze względu na zobowiązania sojusznicze i dodatkowe zadania 6BPD (główny beneficjent pozyskanego sprzętu) w ramach potencjalnej sojuszniczej operacji obronnej połączonych sił, powinien wykorzystywać sprzęt spadochronowy będący już na wyposażeniu.

Ustawodawca w art. 105 ust. 1 PZP wskazał, że zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Stwierdzenie ma charakter fakultatywny. Należy zauważyć, że skoki spadochronowe w wojsku w formie desantu masowego mają swoją specyfikę, która nie znajduje swojego odzwierciedlenia przy certyfikowaniu pojedynczych parametrów realizowanych w sterylnych warunkach, Tym samym wykorzystywanie spadochronów, które przeszły „test bojowy”, desantu w różnych warunkach, z wojskowych statków powietrznych ma swoje uzasadnienie faktyczne. Dotychczasowe doświadczenie wskazuje, że nie każdy spadochron może być użytkowany z każdym statkiem powietrznym. Natomiast każdy spadochron użytkowany w innych krajach NATO na statkach powietrznych, które my użytkujemy jest dla nas gwarantem, że będzie miał te same właściwości aerodynamiczne — będzie zachowywał się w ten sam sposób. Na skoczka spadochronowego przy skoku wpływ mają zawirowania powietrza za statkiem powietrznym, jakie wytwarzają śmigła i opływające samolot strugi powietrza, miejsce skoku: rampa, czy drzwi boczne, prędkość statku powietrznego, ale także jak zachowują się elementy, które pozostają przy statku powietrznym po oddzieleniu się skoczka.

Zamawiający zdaje sobie sprawę, że wymogi stawiane przez niego odnośnie przedmiotu zamówienia, ich szczegółowość muszą być proporcjonalne w stosunku do celu, jaki Zamawiający zamierza osiągnąć, jednak wymóg eksploataowania sprzętu przez kraj należący do NATO w żaden sposób nie jest wymogiem ani zbyt szczegółowym ani tym bardziej nieproporcjonalnym, bowiem zapewnienie interoperacyjności sprzętu między sojusznikami jest tym, co buduje siłę sojuszu, tym co pozwala na przeprowadzenie wspólnych ćwiczeń czy konkretnych operacji wojskowych. Słusznie Odwołujący wskazuje, iż wymogi stawiane przedmiotowi zamówienia muszą mieć konkretne uzasadnienie. W ocenie Zamawiającego przedstawiona powyżej argumentacja jest wystarczającym uzasadnieniem, aby spadochron będący przedmiotem zamówienia spełniał wymóg eksploatacji przez armie państwa należącego do NATO, bowiem wymóg ten koresponduje z realnymi potrzebami i zobowiązaniami sojuszniczymi Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego istnieje na rynku, co najmniej kilka lub kilkanaście produktów spełniających wymóg postawiony w ogłoszeniu, zatem zarzut o ograniczeniu konkurencji jest zarzutem całkowicie chybionym. Także zarzut nieproporcjonalności wymogu nie może zostać uznany za słuszny, gdyż wymóg interoperacyjności sprzętu nie tylko jest wymogiem formalnym jakie Polska musi spełniać wobec sojuszników ale przede wszystkim wymogiem faktycznym wobec konieczności realizowania wspólnej współpracy, prowadzenia wspólnych ćwiczeń wojskowych czy wspólnych operacji wojskowych”.

**Zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego** wykonawca Air-Pol sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie wniósł (tak jak Zamawiający) o oddalenie odwołania, wskazując w szczególności:

(...)

*Stosownie do treści art. 525 ust. 1 PZP Przystępujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego na korzyść Zamawiającego. Żądanie odwołania sprowadza się do odstąpienia przez Zamawiającego od wymogu wobec oferowanego przedmiotu zamówienia, polegającego na jego przyjęciu i użytkowaniu przez siły zbrojne kraju członkowskiego Organizacja Traktatu Północnoatlantyckiego (dalej jako: „NATO”). W ocenie Przystępującego, Zamawiający jest w pełni uprawniony do postawienia takiego wymogu, co znajduje swoje uzasadnienie w fakcie, że Siły Zbrojne RP jako zrzeszone w NATO, dążą do ujednolicenia standardów i technologii wykorzystywanego sprzętu i oprzyrządowania. Tak też, będący przedmiotem niniejszego Postępowania spadochron będzie w przyszłości użytkowany w ramach NATO, co z kolei przekłada się na uzasadniony wymóg zapewnienia jego pełnej zgodności ze standardami NATO. Co więcej, fakt użytkowania danego spadochronu przez siły zbrojne jednego z państw — członków NATO, stanowić będzie potwierdzenie jego przydatności operacyjnej,*

*jak również da Zamawiającemu swoistą „rękojmię” jego jakości i przydatności. Jednocześnie, wedle najlepszej wiedzy Przystępującego, tak postawiony wymóg spełnić może kilka lub nawet kilkanaście produktów oferowanych przez różne podmioty, co z kolei oznacza, że na rynku właściwym Zamawiający nie dokonał nieuprawnionego zawężenia konkurencji. Powyższe stanowi wyraz dbania przez Zamawiającego o szeroko rozumiany interes publiczny w udzielaniu przedmiotowego zamówienia. Przystępujący wskazuje, że produkt który zamierza zaoferować Zamawiającemu spełnia (w ocenie Przystępującego) tak sformułowany wymóg. Oznacza to, że Przystępujący posiada przewagę natury biznesowej nad podmiotami nie spełniającymi tego wymogu, w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przy czym, Przystępujący podkreśla, że przewaga ta została osiągnięta w sposób uczciwy i obiektywny, z zachowaniem zasad etyki biznesowej, oraz — przede wszystkim — dopuszczalny w rozumieniu przepisów prawa. Reasumując, uwzględnienie żądania Odwołującego pogorszy sytuację Przystępującego w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, bowiem jego oferta (jak również oferty innych wykonawców spełniających omawiany wymóg) będzie wówczas musiała konkurować z ofertami podmiotów, które takiego wymogu nie spełniają. W ocenie Przystępującego stanowi to istnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. (...)*

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

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu wykonawca AviTec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze podniósł zarzut wobec treści Ogłoszenia (Sekcja II. 1.5) Opis przedmiotu zamówienia – „w zakresie warunku trzeciego polegającego na wymogu, aby spadochron główny i zapasowy oferowany przez wykonawców był już w dacie składania oferty eksploatowany przez armię państwa należącego do NATO”. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp podnosząc, że tak opisany przedmiot zamówienia jest nieproporcjonalny i istotnie utrudniający uczciwą konkurencję. Żądając uwzględnienia tego zarzutu domaga się alternatywnie:

*„zmiany zaskarżonego zakresu ogłoszenia poprzez usunięcie wymogu, aby, spadochron główny i zapasowy były eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO, ewentualnie*

*wskazanie, że Zamawiający honorować będzie oferty zawierające produkty spełniające minimalne standardy techniczne (opisane na etapie SWZ) wykorzystywania spadochronów przez armie Państw należących do NATO”.*

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący podał, że „Zamawiający koncentruje się z nieznanych przyczyn nie na parametrach zamawianych zestawów spadochronowych, ale na fakcie czy takie zestawy zostały kiedykolwiek nabyte przez armię państwa przynależącego do Sojuszu Północnoatlantyckiego. Przy zakupie spadochronów kluczowe są ich parametry i zatwierdzenie do użytkowania przez właściwe instytucje – np. FAA czy EASA, które to certyfikują wspomniany sprzęt potwierdzając tym samym jego właściwe standardy użytkowania na całym świecie”.

Nie można zgodzić się z tym twierdzeniem, albowiem w tej sprawie Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II w pierwszej kolejności w punkcie 1 i 2 wskazał na parametry:

„II. 1 . 5) Krótki opis zamówienia lub zakupu:

Zamówienie dotyczy dostawy 900 szt. podstawowego spadochronu desantowego przeznaczonego do desantowania żołnierzy z pełnym oporządzeniem osobistym, wykonywania skoków szkolnych, szkolno-treningowych, szkolno-bojowych i bojowych. Parametry, które musi spełniać oferowany spadochron:

1) spadochron główny:

- kształt czaszy - figura środkowo symetryczna,
- sposób otwarcia - samoczynny bezpośredni,
- czas obrotu wokół własnej osi 0 1 80 stopni - nie dłuższy niż 14 s,
- maksymalne obciążenie czaszy głównej - nie mniejsze niż 1 70 kg,
- średnia pionowa prędkość opadania na czaszy głównej, przy maksymalnym dopuszczalnym obciążeniu - nie większa niż 5,5 m/s.,
- minimalna wysokość skoku - nie wyższa niż 50 m,
- maksymalna prędkość użycia spadochronu - nie mniejsza niż 260 km/h,
- masa spadochronu - nie większa niż 18 kg,
- czas eksploatacji bezpośredniej - nie krótszy niż 1 8 lat,
- spadochron główny (jako typ spadochronu) powinien przejść pozytywnie testy potwierdzające poprawne i bezpieczne jego zadziałanie w następujących warunkach: 1 20 % maksymalnej prędkości użycia i 120 % maksymalnego obciążenia czaszy głównej (fakt przeprowadzenia próby powinien być udokumentowany), okres spadochronu ułożonego do skoku nie krótszy niż 1 80 dni i nie dłuższy niż 365 dni,
- okres przechowywania spadochronu ułożonego magazynowo nie krótszy niż 1 80 dni i nie dłuższy niż 365 dni.

2) spadochron zapasowy:

- kształt czaszy - figura środkowo symetryczna, sposób otwarcia - uchwyt wyzwalający,

- maksymalne obciążenie czaszy - nie mniejsze niż 1 70 kg,
- średnia pionowa prędkość opadania na czaszy zapasowej, przy maksymalnym dopuszczalnym obciążeniu - nie większa niż 8,5 m/s,
- maksymalna prędkość użycia spadochronu - nie mniejsza niż 260 km/h,
- masa spadochronu - nie większa niż 8 kg,
- czas eksploatacji bezpośredniej - nie krótszy niż 1 8 lat,
- docelowa norma eksploatacji - bez ograniczeń liczby otwarć czaszy, gdy użycie następuje przy częściowym napełnieniu się czaszy głównej (może być ograniczona parametrami skoku),
- okres przechowywania spadochronu ułożonego do skoku nie krótszy niż 1 80 dni i nie dłuższy niż 365 dni,, okres przechowywania spadochronu ułożonego magazynowo nie krótszy niż 1 80 dni i nie dłuższy niż 365 dni.

Następnie w punkcie 3) wskazał: „spadochron główny oraz spadochron zapasowy powinny być eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO” (co jest kwestionowane w odwołaniu) i dalej w tym punkcie wskazał „oraz powinny przejść badania typu lub klasyfikację typu lub posiadać poświadczenie zdolności spadochronu do skoku. Szczegółowe wymagania zostaną określone w SWZ.”

Także w Sekcji III.1.4) „Inne szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia, zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji” (..) zawarto następujące postanowienia: (...)

1. Zgodnie z treścią art. 404 ust. 1 Ustawy o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się Wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień.
2. Przedmiot umowy będzie podlegał nadzorowaniu jakości realizowanemu przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe zgodnie z wymaganiami zawartymi w AQAP 2110 wydanie D, wersja I.
3. Przedmiot zamówienia będzie podlegał ocenie zgodności zgodnie z Ustawą z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (t. j. Dz.U. z 2022. poz. 747) oraz Rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1628), w trybie oceny zgodności: Tryb I.

4. *Przedmiot zamówienia musi być oznakowany kodem kreskowym, zgodnie z Decyzją nr 3/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 3 stycznia 2014 r. w sprawie wytycznych określających wymagania w zakresie znakowania kodem kreskowym wyrobów dostarczanych do resortu obrony narodowej (Dz. Urz. Mln. Obr. Nar. 2014 r. poz. 1) - 5 grupa materiałowa*".

Zatem powołane postanowienia (wbrew twierdzeniom Odwołującego braku kluczowych parametrów) przeczą, że Zamawiający nie wskazał, jakie konkretne parametry wpływające na jego jakość i przydatność ma posiadać spadochron. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający w punkcie 3) wskazał także, że dostarczany przedmiot zamówienia zostanie oceniony pod kątem spełniania standardów użytkowania oraz bezpieczeństwa.

Izba, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że kwestionowane postanowienie faworyzuje *„tych wykonawców, którym już udało się wcześniej sprzedać spadochrony jednostkom wojskowym kraju NATO, podczas gdy poza kręgiem oferentów znajdują się wykonawcy, którzy dysponują co najmniej równie dobrymi spadochronami, ale nie będą one honorowane tylko dlatego, że dany wykonawca wszedł wcześniej we współpracę z krajami, które formalnie do NATO nie przynależą”* - zwraca uwagę, że Zamawiający w Sekcji III.2 Ogłoszenia wskazał na warunki udziału, wymagając m.in. w Sekcji III.2.3. (Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe) od potencjalnego wykonawcy tego zamówienia jednej (1) zrealizowanej należycie dostawy nie ograniczając obszaru do którego ta dostawa miałaby być skierowana.

Cyt.: *„1 . W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 1 12 ust. 2 pkt 4 Ustawy, dotyczącego zdolności technicznych, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał w sposób należyty minimum jedną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. dostawę spadochronów desantowych lub ratowniczych o wartości nie mniejszej niż 8.000.000,00 PLN (słownie: osiem milionów złotych 00/100)”*.

Zdaniem Izby – w świetle zarzutów i żądań odwołania – wymaganie, aby spadochron główny i zapasowy był eksploatowany przez armię państwa należącego do NATO nie jest, jak twierdzi Odwołujący, wymogiem nieproporcjonalnym i istotnie utrudniającym uczciwą konkurencję. W świetle wskazanych powyżej postanowień Ogłoszenia o zamówieniu nie można zgodzić się z twierdzeniami wykonawcy, że *„Zamawiający koncentruje się z*

*nieznanych mu przyczyn nie na parametrach zamawianych zestawów spadochronowych, ale na fakcie czy takie zestawy zostały kiedykolwiek nabyte przez armię państwa przynależącego do Sojuszu Północnoatlantyckiego*”. Niewątpliwie przy zakupie spadochronów kluczowe są ich parametry i zatwierdzenie do użytkowania przez właściwe instytucje – np. FAA czy EASA, które to certyfikują wspomniany sprzęt potwierdzając tym samym jego właściwe standardy użytkowania na całym świecie. I to zdaniem Izby wynika z opisu zamówienia. Izba zwraca uwagę, że wykonawca pomija opisy techniczne z Sekcji II.1.5 i z niezrozumiałych dla Izby powodów stwierdzając w toku rozprawy brak określenia standardów dla spadochronów. Zamawiający w ogłoszeniu – jak wskazywano - określił takie standardy, a stawiając wymóg eksploatacji sprzętu przez armię kraju należącego do NATO także wskazał w punkcie 3), że *„powinny przejść badania typu lub klasyfikację typu lub posiadać poświadczenie zdolności spadochronu do skoku”*.

Wskazany w odwołaniu art. 99 ust.4 ustawy Pzp stanowi:

*„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”*.

Zdaniem Izby kwestionowane w opisie przedmiotu zamówienia postanowienie nie wskazuje na konkretnego wykonawcę bądź też, aby eliminowało konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowało sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Zdaniem Izby w tym opisie wskazano na parametry sprzętu oraz inne cechy, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Tak jak podkreślał na rozprawie i co wynika z Protokołu Komisji Przetargowej z dnia 27.10.2022 r. *„Celem sformułowania przedmiotowego wymagania było, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał standardy przyjęte w armiach krajów NATO i cechował się interoperacyjnością, niezbędną podczas sojuszniczych operacji z wykorzystaniem sprzętu spadochronowo desantowego. W tym kontekście, parametry techniczne wyrobu nie mogą zastąpić jego weryfikacji pod kątem spełnienia standardów i interoperacyjności w ramach NATO, co jest istotnym celem Zamawiającego”*. Izba zwraca uwagę, że ten przedmiot zamówienia jest *przeznaczony (...) do desantowania żołnierzy z pełnym oporządzeniem osobistym, wykonywania skoków szkolnych, szkolno-treningowych, szkolno-bojowych i bojowych*”. Zamawiający będąc członkiem NATO – jak podkreślał - jest zobligowany do posiadania sprzętu wojskowego zgodnego ze standardami tej organizacji i możliwości jego wykorzystania na statkach powietrznych będących na wyposażeniu państw NATO, tj. C-130, C-17, czy CASA, celem. osiągnięcia

interoperacyjności sprzętu, do czego jest zobowiązany. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że na te kwestie zwracają również autorzy publikacji powołanej przez Odwołującego jako dowód ( str...) cyt.: *„Standaryzacja operacyjna to oczywiście nie tylko współpracujące ze sobą systemy prowadzenia walki, broń i sprzęt specjalistyczny, lecz także wspólne cele, ukierunkowane myślenie, ujednolicone doktryny, struktury, procedury oraz terminologia”*.

W konkluzji Izba stwierdza, jak podkreślane jest w doktrynie i orzecznictwie, że zasada wyrażona w przepisie art. 16 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że ustawa Pzp wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem, a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom. Niewątpliwie opis przedmiotu zamówienia nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego. Uzasadnione szczególne potrzeby Zamawiającego związane z istotą przedmiotu zamówienia i wymagane jego indywidualne właściwości pozwalające na osiągnięcie wskazywanego celu – jego interoperacyjność niezbędna podczas sojusznich operacji z wykorzystaniem sprzętu spadochronowo desantowego - mogą usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich dostaw.

Tym samym wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp nie podlega uwzględnieniu, albowiem Odwołujący nie wykazał, aby opisanie przedmiotu zamówienia było nieproporcjonalne -i jak podnosił - i istotnie utrudniające uczciwą konkurencję.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) 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).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....