

**WYROK**  
**z dnia 28 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego** - Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław.

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

sygn. akt: KIO 81/14

## Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 4229 we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa taśm gąsienic z nakładkami gumowymi do PTS-M. Postępowanie poprzedzone było dialogiem technicznym zmierzającym do doradztwa i udzielenia informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 lipca 2013 roku.

Zamawiający dnia 9 stycznia 2014 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 20 stycznia 2014 roku wykonawca Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, polegające na niewłaściwym jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego, mimo iż nie było ku temu podstaw, art. 93 ust. 1 pkt 1 upzp polegające unieważnieniu postępowania.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o: unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz na unieważnieniu postępowania, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika/pełnomocników.

Odwołujący ponadto, na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, w zw. z art. 13 § 2 KPC w zw. z art. 177 § 1 pkt 1 KPC wniósł o zawieszenie postępowania do czasu zakończenia postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu, wskutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 r., w sprawie sygn. akt: KIO 2730/13.

Ponadto, na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z: zeznań świadka - Z. K..... na okoliczność sposobu i metodyki prowadzenia badań opisanych w sprawozdaniu z badań (w aktach postępowania) - wezwania na adres Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej (WITI) we Wrocławiu, opinii biegłego względnie opinii instytutu na okoliczność, czy pojazd PTS-M w wersji wykorzystywanej przez Siły Zbrojne RP konstrukcyjnie jest w stanie pokonać przeszkodę o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku, co najmniej 30°.

Zamawiający dnia 24 stycznia 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego oraz zamawiającego, tj. „Wyników pomiarów kąta natarcia Pływającego Transportera Gąsienicowego PTS”, protokołu z przeprowadzonych badań na potwierdzenie parametru taktyczno-technicznego pływającego transportera gąsienicowego PTS-M z dnia 18 grudnia 2013 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wnioski dowodowe zgłoszone przez strony w zakresie zeznań świadków jak również z opinii biegłego wskazując, że z dokumentów przedstawionych w trakcie rozprawy jak i z dokumentów postępowania możliwe jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, tym samym dowody powyższe zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba oddaliła również wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zarejestrowanego w formie filmu wideo sprawozdania z wykonanych badań pojazdu uznając przeprowadzenie tego dowodu za zbędny, gdyż decydującym w tym względzie jest pisemny raport (sprawozdanie) sporządzony przez WITI we Wrocławiu.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła również wnioski dowodowe zgłoszone przez strony w zakresie przeprowadzenia dowodu z umowy nr 69/2011 z dnia 30 września 2011 roku wraz z listem referencyjnym oraz z pism z dnia 27 marca 2012 r., 23 marca 2012 r., 16 lipca 2012 r., 2 lipca 2012 r. oraz 19 marca 2012 r. stwierdzając, iż pozostają one bez wpływu na ustalenie stanu faktycznego sprawy, w konsekwencji pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego.

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w informacji o jego wyniku podał, iż po przeprowadzeniu ponownej czynności badania i oceny oferty odrzucił ofertę wykonawcy: Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. z Dębłina i unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Uzasadniając swoją decyzję podał, że stwierdził brak zgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego jest niezgodna z poniższymi warunkami określonymi w s.i.w.z.

1) Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna, punkt II „Wymagania Szczegółowe”, tabela 1 „*Gąsienica z nakładkami gumowymi nie powinna ograniczać właściwości funkcjonalnych oraz taktyczno - technicznych, ujętych w podręczniku Pływający transporter gąsienicowy PTS. Opis i użytkowanie. Inż.261/69, MON, Warszawa 1971, takich jak: Pokonanie przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku - kąt wzniesienia i spadku co najmniej 30°.*”. W „*Sprawozdaniu (świadczenie) z badań potwierdzających zgodność wykonania wyrobu (taśm gąsienicowych z nakładkami gumowymi) ze specyfikacją techniczną*” ujęto wynik badań, iż pokonanie przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku o kącie wzniesienia i spadku co najmniej 30° jest niemożliwe. W opisie badań zawarto informację, iż w podręczniku *Pływający transporter gąsienicowy PTS. Opis i użytkowanie. Inż. 261/69, MON, Warszawa 1971*, zawarty jest błąd i pokonanie takiego wzniesienia przez PTS jest konstrukcyjnie niemożliwe. W celu potwierdzenia zapisu w ww. podręczniku, Centralny Organ Logistyczny (COL) zlecił przeprowadzenie takiego badania w 2 Pułku Inżynieryjnym w Inowrocławiu. Przeprowadzone badania potwierdziły, że parametr ujęty w podręczniku jest możliwy do osiągnięcia. Zgodnie z protokołem z przeprowadzonych badań, przeprowadzono badanie trzykrotnie. Każde badanie potwierdziło, że PTS-M, bez ładunku i bez nakładek gumowych, pokonuje przeszkodę o maksymalnym kącie wzniesienia co najmniej 30°. Z powyższego wynika, iż oferowany produkt jest niezgodny z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z., a tym samym treść oferty odwołującego nie odpowiada wymaganom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2) Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna, punkt 1, Wymagania ogólne ppkt 5, zdanie pierwsze „*Taśmy gąsienicowe powinny posiadać nakładki gumowe z możliwością ich demontażu.*”. Przedstawiony przez wykonawcę sposób mocowania nakładek gumowych za pomocą śrub imbusowych oraz sama konstrukcja nakładki z wykonanym otworem montażowym chowającym łeb śruby nie gwarantuje spełnienia powyższego wymogu. Eksploatacja gąsienicy w warunkach terenowych (rozdział 5.11. rysunek 31 „*Sprawozdania (świadczenia) ...*”) wypełnia przestrzeń tych otworów montażowych w samej płytce gumowej oraz gniazdo klucza imbusowego, w samym łbie śruby montażowej, zbitym gruntem. Wykonanie demontażu (wykręcenia) takiej śruby w warunkach eksploatacji w gruncie związłym (gliniastym) wymagałoby pracochłonnego czyszczenia gniazda montażowego płytki

i w następnej kolejności gniazda śruby. W przypadku obniżenia temperatury i zamarznięcia gruntu w gnieździe płytki gumowej i w gnieździe łba śruby demontaż jest niemożliwy. Dodatkowo wskazać należy, iż połączenia gwintowe są szczególnie wrażliwe na korozję i zanieczyszczenia pyłowe i piaszczyste. Eksploatacja transportera w trudnych warunkach terenowych i w środowisku wodnym znacząco tej wrażliwości sprzyja, co w rozpatrywanym przypadku obniża wartość zastosowanego rozwiązania w aspekcie podatności na montaż/demontaż. Z powyższego wynika, iż oferowany produkt nie spełnia warunku „możliwości demontażu” w każdym przypadku jego eksploatacji.

3) Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna, punkt 1 Wymagania ogólne pkt 5, zdanie drugie *„Taśmy gaśnicowe powinny być konstrukcyjnie przystosowane do montażu nakładek gumowych.”*. Zamieszczając powyższy warunek zamawiający oczekiwał, że ewentualny wykonawca opracuje konstrukcję gaśnicy, która w koncepcji rozwiązania problemu uwzględni wszelkie wymagania określone w pozostałej części s.i.w.z. Zakładał więc, że wykonawca zaprezentuje rozwiązanie nowoczesne zarówno pod względem zastosowanych technologii, wytwarzania i montażu nakładek, jak i pod względem rozwiązania konstrukcyjnego nośnika tych nakładek, gwarantując rozwiązanie spójne dla całości zamawianego produktu. Konstruowanie, według jednej z definicji, to opracowanie optymalnej (z technicznego i ekonomicznego punktu widzenia) koncepcji rozwiązania problemu oraz wykonanie dokumentacji umożliwiającej wytworzenie zaprojektowanego urządzenia. Zgodnie z opinią zamawiającego (na podstawie opinii COL) zamawiający stwierdził, że wykonawca dokonał nieuprawnionej modernizacji ogni gaśnicy poprzez wykonanie dwóch dodatkowych otworów montażowych, w które wstawiono tuleje gwintowane. Dokonano również sfrezowania konstrukcyjnych profili gaśnicy tak by uzyskać płaską powierzchnię przylegania płytki gumowej. Opisano to w punkcie 5.14 „Sprawozdania (świadczenia) z badań potwierdzających zgodność wykonania wyrobu (taśm gaśnicowych z nakładkami gumowymi) ze specyfikacją techniczną”. Wykonawca więc nie tylko nie opracował konstrukcji wyrobu w aspekcie „konstrukcyjnego dostosowania” ale dokonał ingerencji mechanicznej w konstrukcję pierwowzoru i nie przedstawił udokumentowanych badań wytrzymałościowych, potwierdzających trwałość konstrukcji po wykonanej modernizacji oraz dopuszczalność takiej modernizacji w aspekcie praw autorskich. Należy również jednoznacznie stwierdzić, że sfrezowanie profili konstrukcyjnych w ogniu gaśnicy obniży możliwości trakcyjne gaśnicy po zdemontowaniu płytki w terenie trudno dostępnym (gaśnica będzie się ślizgać). Zamawiający stwierdził, w związku z powyższym, iż oferowany produkt nie został konstrukcyjnie przystosowany do montażu nakładek gumowych a jedynie doraźnie zmodyfikowany na potrzeby niniejszego postępowania - w związku z czym nie spełnia zawartego w s.i.w.z. wymogu.

4) Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna, Punkt II, Wymagania Szczegółowe pkt. 2 ppkt 5 litera b *„Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć wraz z przedmiotem zamówienia pakiet minimalny, który zawiera: Zestaw kluczy, narzędzi i środków konserwacyjnych niezbędnych do montażu taśmy gąsienicowej i nakładek gumowych.”*

Zamawiający wskazał, iż w trakcie dialogu technicznego odwołujący przedstawił dodatkowe wyposażenie służące do montowania nakładek gumowych na taśmie gąsienicy. Zaprezentował wtedy m.in. ręczny klucz do dokręcania śrub. Również w piśmie z dnia 8.11.2013 r. o nr wych. 1267/HM odwołujący wskazał na klucz fajkowy imbusowy 14 mm. Jednak w w/w wynikach badań montaż nakładek gumowych przeprowadzono z użyciem elektrycznego klucza udarowego tj. elektronarzędzia innego niż wcześniej wskazywał wykonawca. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia w/w wyników badań wykonawca wskazał, iż popełnił omyłkę wskazując klucz fajkowy a nie elektronarzędzie. Zdaniem zamawiającego, wyjaśnienie wykonawcy jest nieprzekonujące i wskazuje na możliwość niedopuszczalnej modyfikacji treści oferty i innych stosownych oświadczeń pod kątem spełnienia wymogów zawartych w s.i.w.z., tj. czasu montażu - jak w pkt. 5.

5) Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna, punkt II Wymagania Szczegółowe, tabela 3 *„Dopuszcza się następującą tolerancję w stosunku do niżej wymienionych parametrów: Czas montażu wszystkich nakładek na taśmie gąsienicy - do 2 godziny 15 minut z tolerancją: + 45 minut.”*. Zamawiający określając ten parametr zakładał powtarzalność próby, co wynika z faktu przeznaczenia i wykorzystania gąsienic z nakładkami gumowymi i co do istoty zrozumienia problemu potwierdza również wykonawca w wielu sformułowaniach zawartych w „Sprawozdaniu ....”. Z przedstawionej dokumentacji wynika, że odwołujący osiągnął czas montażu 2 godziny 56 minut, a więc na granicy dopuszczalności. Wynik ten osiągnął jednak wykorzystując narzędzia zasilane energią elektryczną. Elektronarzędzie, jakim jest klucz udarowy, w sposób zasadniczy przyspieszyło montaż w rozwiązaniu polegającym na zakręcaniu każdej płytki gumowej za pomocą dwóch śrub. Takie rozwiązanie wymaga dodatkowego wyposażenia w źródło zasilania elektrycznego (ładowanie bezpośrednio lub ładowanie akumulatorów), czego zamawiający nie zakładał, dążąc do maksymalnego usamodzielnienia jednostkowego transportera w realizacji zarówno działań bojowych jak i ratowniczych. Zastosowanie montażu opartego na mocowaniu śrubowym nie spełniają podstawowego kryterium powtarzalności czynności montażu i demontażu nakładek gumowych. Ponadto wskazać należy, iż jedynie zastosowanie elektronarzędzi pozwoliło wykonawcy na spełnienie, będącego kryteriów oceny ofert, warunku czasu montażu.

W związku z czym, warunki wskazane w pkt. 4 jak i 5, nie zostały przez oferowany produkt spełnione a tym samym oferta, w tym zakresie, jest niezgodna z s.i.w.z. W związku z odrzuceniem jedynej oferty złożonej w postępowaniu zamawiający unieważnił postępowanie - art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, odnosząc się do wskazywanych przez zamawiającego uchybień, dotyczących złożonej oferty podał, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 3 określił, iż przedmiotem zamówienia jest „Dostawa taśm gaśnic z nakładkami gumowymi do PTS-M wg. zestawienia asortymentowo-ilościowego zawartego w formularzu ofertowym zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ oraz opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.”. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do s.i.w.z., zamawiający wymagał, by oferowany wyrób zapewniał spełnienie poniższych warunków udziału w postępowaniu:

- a) przebieg dla taśmy gaśnicowej na lądzie po drodze asfaltowej spełnia warunek, co najmniej 3.000 km;
- b) przebieg dla nakładek gumowych na lądzie po drodze asfaltowej spełnia warunek, co najmniej 400 km;
- c) przebieg dla nakładek gumowych na lądzie po drodze polnej (gruntowej, nieutwardzonej) spełnia warunek, co najmniej 600 km;
- d) szerokość ogniwa gaśnicy spełnia warunek: 476 mm z tolerancją: +/- 30 mm;
- e) ciężar jednej taśmy gaśnicowej wraz z nakładkami gumowymi spełnia warunek: do 1305 kg z tolerancją: + 260 kg;
- f) czas montażu wszystkich nakładek na taśmie gaśnicy spełnia warunek: do 2 godziny 15 minut z tolerancją: + 45 minut.

Dodatkowo w rozdziale 3 s.i.w.z., w specyfikacji technicznej w wymaganiach szczegółowych zamawiający zastrzegł, że gaśnica z nakładkami gumowymi nie powinna ograniczać właściwości funkcjonalnych oraz taktyczno - technicznych, ujętych w podręczniku Pływający transporter gaśnicowy PTS. Opis i użytkowanie. Inż. 261/69, MON, Warszawa 1971, m. in. takich jak możliwość pokonania przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku, co najmniej 30°.

W rozdziale 15 s.i.w.z. „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” zamawiający nie wskazał żadnych czynności formalnych, które powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W trakcie postępowania jedyną ofertę złożył odwołujący, a zamawiający po jej ocenie uznał, że odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu.

W konsekwencji, w dniu 16 września 2013 roku zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako spełniającej warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia sprawozdania z badań i deklaracji zgodności OiB, zgodnie z ustawą z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z dnia 19 grudnia 2006 r.) oraz rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie



szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa. Przeprowadzenie badań potwierdzających zgodność wykonania wyrobu (taśm gaśnicowych z nakładkami gumowymi) ze specyfikacją techniczną (złożonym oświadczeniem) mogła wykonać wyłącznie jednostka badawcza na terenie kraju, posiadająca akredytację OiB, udzieloną przez Ministra Obrony Narodowej. Jedyną jednostką badawczą na terenie kraju, mogącą przeprowadzić stosowne badania jest Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej (WITI) we Wrocławiu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zarówno w trakcie dialogu technicznego, jak i w trakcie postępowania, a zwłaszcza po wyborze przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej odwołujący nie dysponował pojazdem PTS-M. Odwołujący próbował pozyskać do badań transporter PTS-M za pośrednictwem jednostki badawczej tj. Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej z zasobów MON. Przedłużająca się procedura udostępnienia pojazdu do badań uniemożliwiła zrealizowanie dostawy zgodnie z ofertą. W związku z powyższym odwołujący pozyskały pojazd do badań we własnym zakresie i na własny koszt z firmy prywatnej, dopiero w dniu 21 października 2013 r.

W trakcie przeprowadzonych przez WITI badań ustalono, że podręcznik „Pływający transporter gaśnicowy PTS. Opis i użytkowanie” (Inż. 261/69, MON, Warszawa 1971) w swej treści zawiera błąd, gdyż Pływający transporter gaśnicowy PTS, niezależnie od tego, czy wyposażony w taśmy gaśnic z nakładkami gumowymi, czy też nie, nie jest w stanie, ze względów konstrukcyjnych pokonać przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku, co najmniej 30°, co znalazło potwierdzenie w sporządzonym przez WITI sprawozdaniu z badań (dowód: sprawozdanie z badań - w aktach postępowania). Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej we Wrocławiu jest jedyną jednostką badawczą na terenie kraju posiadającą akredytację OiB, udzieloną przez Ministra Obrony Narodowej uprawnioną do prowadzenia tego typu badań, a głównym celem statutowym WITI jest prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych w zakresie uzbrojenia i sprzętu inżynieryjnego na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, w szczególności zmierzających do zaspokojenia potrzeb obrony narodowej oraz przystosowanie ich wyników do wdrażania w praktyce.

Po przedstawieniu, przez odwołującego, przedmiotowego sprawozdania z badań, pismem z dnia 20 listopada 2013 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że jego zdaniem prowadzone postępowanie rzekomo obarczone było wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Od ww. czynności wniesiono odwołanie, a Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 12 grudnia 2013 r., w sprawie sygn. akt KIO 2730/13 w pkt 1 uwzględniła odwołanie i nakazała

zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Wykonując rzeczony wyrok zamawiający pismem z 9 stycznia 2014 roku zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania. Jako przyczynę odrzucenia oferty zamawiający wskazał, iż jest ona niezgodna z s.i.w.z., a w szczególności ze Specyfikacją Techniczną pkt II, Wymagania Szczegółowe Tabela 1, pkt 1 Wymagania ogólne ppkt 5 zdanie 1, zdanie 2, oraz pkt II Wymagania szczegółowe pkt 2 ppkt 5 lit. b.

W ocenie odwołującego działanie zamawiającego jest błędne i nie dość, że stanowi naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to także czynności te naruszają także interes w uzyskaniu zamówienia (złożona przez odwołującego oferta była jedyna w postępowaniu), a nadto może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołujący zauważył, że od momentu pierwszej oceny ofert i uznaniu, że oferta złożona przez odwołującego jest zgodna z s.i.w.z., do czasu jej ponownej oceny nie nastąpiły żadne zmiany okoliczności zarówno faktycznych jak i prawnych, które mogłyby skutkować dokonaniem odmiennej niż poprzednio oceny oferty złożonej przez odwołującego, tym bardziej, że KIO w swoim wyroku nie unieważniło dokonanej czynności oceny ofert. Skoro zatem Izba nie unieważniła dokonanej uprzednio oceny ofert, dokonywanie przez zamawiającego ocen i ustaleń innych niż wcześniej dokonane uznać należy za naruszenie przepisów ustawy.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów zamawiającego podniesionych w piśmie z dnia 9 stycznia 2014 roku odwołujący stwierdził, że zamawiający całkowicie mija się z prawdą, w jego twierdzeniach brak jest logiki, a dodatkowo całkowicie dowolnie stosuje postanowienia s.i.w.z., które sam tworzył.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w s.i.w.z. zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek przeprowadzenia badań potwierdzających zgodność wykonania wyrobu (taśm gąsienicowych z nakładkami gumowymi) ze specyfikacją techniczną (złożonym oświadczeniem) w jednostce badawczej na terenie kraju, posiadającą akredytację OiB, udzieloną przez Ministra Obrony Narodowej. Jak zauważono powyżej jedyną taką jednostką badawczą na terenie kraju, mogącą przeprowadzić stosowne badania jest Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej (WITI) we Wrocławiu.

Zamawiający tymczasem - niezgodnie z s.i.w.z. - sam dokonuje badań w 2 Plnż. w Inowrocławiu. Znamienne jest również to, że pracownik odwołującego, który przeglądał dokumentację z postępowania nie znalazł w niej żadnego protokołu z przeprowadzonych badań, a na prośbę o jego udostępnienie uzyskał odpowiedź, że takowego nie ma. Przy założeniu jednak, że owe badania faktycznie zostały przeprowadzone, należy zadać pytanie, czy 2 pinż w Inowrocławiu jest jednostką badawczą posiadającą akredytację MON, a także

czy pokonywane wzniesienie spełniało takie same parametry jak to, na którym badań dokonywało WITI oraz jaka była metodyka badań ?

Wbrew twierdzeniom zamawiającego (Ad. 1) rozwiązanie odwołującego nie ogranicza właściwości funkcjonalnych oraz taktyczno-technicznych, gdyż rozwiązanie proponowane przez odwołującego „podniosło” transporter PTS-M w górę. W związku z tym kąt natarcia transportera nie został ograniczony zgodnie z zapisami s.i.w.z. (pkt II Wymagania szczegółowe - str. 4) lecz wprost przeciwnie zwiększył się. Potwierdza to sprawozdanie z badań wykonane przez niezależną Jednostkę Badawczą posiadającą akredytację udzieloną przez Ministra Obrony Narodowej, str. 54 pkt 7: *„Wystąpiło ograniczenie możliwości ... o kącie większym niż 25°.”* oraz ze str. 58 pkt 8 całe podsumowanie.

Ad. 2 - Rozwiązanie oferowane przez odwołującego spełnia przywołane wymaganie. Twierdzenie, iż nie spełnia warunku „możliwości demontażu” jest nieprawdziwe. Eksploatacja transportera w trudnych warunkach terenowych i w środowisku wodnym czyli w warunkach dość uciążliwych i specyficznych niesie za sobą różnego rodzaju problemy. Opisane problemy będą występować nie tylko przy rozwiązaniu oferowanym przez odwołującego ale przy każdym innym rozwiązaniu - takie są warunki pracy dla wszystkich taśm gąsienicowych, a nie tylko dla tych oferowanych przez odwołującego. Jest to niewątpliwie jakieś utrudnienie (dla każdego rozwiązania), jednakże nie oznacza to braku możliwości demontażu. Definicja: Połączenia gwintowe to połączenia rozłączne bezpośrednio kształtowo-cierne, gdyż łącznikami wiążącymi są występy i odpowiadające im wgłębienia, w postaci gwintów, są ukształtowane na elementach głównych. Jest jednym z najprostszych i najbardziej niezawodnych połączeń rozłącznych, z możliwością wielokrotnego montażu i demontażu. Im rozwiązanie jest prostsze tym bardziej jest ono niezawodne, ponieważ nie ma co się popsuć. Ponadto przedmiot zamówienia ma służyć na czas pokoju, na „szosę” a nie na grunt zwięzły (gliniasty). Jednakże może być stosowane i w gliniastym gruncie, demontaż będzie utrudniony (dotyczy to wszystkich rozwiązań) ale nie niemożliwy.

Ad. 3 - Zamawiający w s.i.w.z. określił swoje wymaganie, iż „Taśmy gąsienicowe powinny być konstrukcyjnie przystosowane do montażu nakładek gumowych”. Nigdzie w całej s.i.w.z. nie ma mowy o opracowaniu nowej konstrukcji gąsienicy. „Zamawiający dopuszcza, aby elementy taśmy gąsienicowej takie jak: sworzeń gąsienicy, ogniwo gąsienicy, były wykonane z materiałów równoważnych. Za materiał równoważny zamawiający uzna taki materiał, którego zastosowanie zagwarantuje spełnienie wymagań ogólnych i szczegółowych, określonych w pkt I i II specyfikacji technicznej” - (Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna Punkt II ppkt 2). Zdaniem odwołującego, zamawiający dopuszcza a nie wymaga, jest to zasadnicza różnica. Zapis zamawiającego dopuszczający wykonanie z materiałów równoważnych przeczy temu, iż powinna być to nowa konstrukcja, a wskazuje właśnie na to, iż rozwiązanie powinno być podobne do obecnie stosowanego czyli należało to zrobić

właśnie tak jak zrobił to odwołujący. Zdaniem odwołującego, opisana interpretacja zamawiającego powstała wyłącznie na potrzeby niniejszego procesu, gdyż nie ma żadnych postanowień w s.i.w.z. potwierdzających obecne twierdzenia zamawiającego. Faktem jest, że odwołujący nie opracował nowej konstrukcji (nie było takiego wymogu) lecz dokonał konstrukcyjnego przystosowania taśm gąsienicowych, tak jak tego wymagał zamawiający - „Taśmy gąsienicowe powinny być konstrukcyjnie przystosowane do montażu nakładek gumowych” (Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna Punkt I Wymagania ogólne ppkt 5 zdanie drugie). Odwołujący biorąc właśnie pod uwagę techniczny i ekonomiczny punkt widzenia rozwiązania tematu zdecydował się na takie rozwiązanie. Rozwiązanie to umożliwia przystosowanie zarówno nowych jak i używanych, ale dobrych taśm gąsienicowych, które są w posiadaniu wojska i zamontowanie na nich nakładek gąsienicowych bez konieczności zakupu nowych gąsienic do transportera - jest to rozwiązanie znacznie tańsze. Jeżeli jednak zamawiający chciał mieć nowe rozwiązanie to powinno być ono zakupione innym trybem - praca badawczo rozwojowa. Odwołujący dodał, że WITI - jednostka badawcza posiadająca wymaganą akredytację, przeprowadziła badania w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Nie stwierdzono żadnych problemów pod względem wytrzymałościowym, co potwierdza sprawozdanie. Dodatkowo odwołujący oferując taśmy gąsienicowe daje gwarancję, która zgodnie z obowiązującym prawem do czegoś zobowiązuje.

Ad. 4 – odwołujący potwierdził, iż na etapie dialogu technicznego zaprezentował ręczny klucz do dokręcania śrub, jednakże na etapie dialogu nie było mowy o wymaganym czasie montażu wszystkich nakładek na taśmie gąsienicy. Taki zapis pojawił się s.i.w.z. (Rozdział 3 OPZ - Specyfikacja techniczna Punkt 11 Wymagania szczegółowe tabela 3 „Czas montażu wszystkich nakładek na taśmie gąsienicy - do 2 godziny 15 minut z tolerancją: +45 minut”). Postanowienia s.i.w.z. nie zakazują zastosowania takich elektronarzędzi, a związku z tym rozwiązanie takie jest dopuszczalne i zgodne z s.i.w.z. Podczas badań do montażu od samego początku używane były elektronarzędzia i wymaganie w sprawie czasu montażu zostało spełnione. Nie można zatem mówić o modyfikacji treści oferty, gdyż w ofercie nie ma mowy jaki klucz wykonawca dodaje. Stwierdzenie zatem „wskazuje na możliwość niedopuszczalnej modyfikacji treści oferty” jest zatem niedopuszczalne.

Ad. 5 - W s.i.w.z. przywołany był wymóg 2 godziny 15 minut z tolerancją: +45 minut. Wykonana próba opisana w sprawozdaniu przez akredytowaną jednostkę wykazała spełnienie wymogu. Uzyskany czas 2 godziny 56 minut jest spełnieniem wymogu zawartym w s.i.w.z. Postanowienia s.i.w.z. nie ograniczały zastosowania takiego klucza, zawarty wymóg ograniczający się tylko do czasu daje pełną swobodę, w jaki sposób zostanie on spełniony. Co więcej czas 2 godziny 56 minut osiągnęły osoby, które dokonywały montażu pierwszy raz. W przypadku odpowiedniego przeszkolenia można uzyskać lepszy czas montażu.

Zdaniem odwołującego, powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje na to, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi żadna okoliczność pozwalająca na twierdzenie, że złożona przez odwołującego oferta jest niezgodna z treścią s.i.w.z., a zatem istnieje podstawa do jej odrzucenia, a następnie unieważnienia postępowania. Co więcej twierdzenia zamawiającego to jedynie przypuszczenia nie poparte żadnymi dowodami.

W tym miejscu odwołujący dodał, że po zawiadomieniu w dniu 16 września 2013 roku o wyborze złożonej przez odwołującego oferty, jako jedynej, która spełnia warunki s.i.w.z., odwołujący, jako „profesjonalista w obrocie”, mający świadomość, co do terminu wykonania zamówienia, a jednocześnie będąc przekonany, że zawarta zostanie umowa (odwołujący nie miał bowiem wiedzy, że pojazd PTS-M konstrukcyjnie nie jest w stanie pokonać przeszkody o nachyleniu min. 30° - przyjął bowiem za prawdziwe informacje zawarte w podręczniku i żądania określone przez zamawiającego), przystąpił do wykonania zamówienia, które na dzień wnoszenia niniejszego odwołania jest praktycznie w całości wykonane. Odwołujący jest zatem w stanie wykonać zamówienie zgodnie z żądaniem zamawiającego, co do właściwości przedmiotu zamówienia oraz w określonym przez zamawiającego terminie, a nadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nie tylko mogą ponieść szkodę, ale szkodę taką poniosą. Co więcej, z uwagi na fakt, że zamawiający jest w dalszym ciągu w posiadaniu pojazdów PTS-M i prowadził postępowanie, którego przedmiotem była „dostawa taśm gąsienic z nakładkami gumowymi do PTS-M”, co przesądza o fakcie, iż przedmiotowe taśmy gąsienicowe są mu niezbędne, przyjąć należy, że w razie unieważnienia niniejszego postępowania, ponownie je ogłosi. W kolejno prowadzonym postępowaniu zmieni się jedynie kąt nachylenia przeszkody w odniesieniu do samego pojazdu. Nie zmieniają się natomiast żadne parametry i właściwości żądane przez zamawiającego w stosunku do taśm gąsienic z nakładkami gumowymi do PTS-M. W świetle przedstawionych rozważań odwołujący doszedł do przekonania, że czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania, są niezgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy Pzp i jako takie winny zostać unieważnione.

Zamawiający, w odpowiedzi na podniesione w odwołaniu zarzuty podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu dokonał, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 r. o sygn. KIO 2730/13, ponownego badania i oceny ofert. Zdaniem zamawiającego, całkowicie błędnie twierdzi odwołujący, iż zamawiający ponowne badanie i ocenę oferty dokonywać miał przez pryzmat pierwotnej czynności badania i oceny ofert. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert należy traktować jako jednoznaczne wskazanie na wadliwość czynności pierwotnej. Posiłkując się wyrokiem z dnia 6 września 2012 r. o sygn. 1801/12 o tezie: *„Powtórzenie przez zamawiającego badania i oceny ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, sfinalizowane następnie wyborem innego*

wykonawcy, należy uznać za równoznaczne w skutku z unieważnieniem poprzednio dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty." należy wskazać, iż pierwotna czynność badania i oceny ofert, w związku z wyrokiem KIO 2730/13, straciła jakiegokolwiek znaczenie w przedmiotowym postępowaniu. Ponowne badanie i ocena oferty zostały przez zamawiającego przeprowadzone ze szczególną starannością tak pod kątem merytorycznym jak i formalnym. Ocena ta doprowadziła do wskazania również dalszych niezgodności przedstawionej oferty z treścią s.i.w.z., które zamawiający szczegółowo wyartykułował w piśmie skierowanym do odwołującego w dniu 9 stycznia 2014 r. a zawierającym informację o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania.

Dodatkowo, w celu weryfikacji, podstawowego w niniejszej sprawie, wymogu wynikającego z Rozdziału 3 s.i.w.z. - „Opis przedmiotu zamówienia” - Specyfikacja techniczna, Punkt II Wymagania Szczegółowe, Tabela 1 „*Gąsienica z nakładkami gumowymi nie powinna ograniczać właściwości funkcjonalnych oraz taktyczno - technicznych, ujętych w podręczniku Pływający transporter gąsienicowy PTS. Opis i użytkowanie. Inż. 261/69, MON, Warszawa 1971, takich jak: Pokonanie przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku - kąt wzniesienia i spadku co najmniej 30°*”, zamawiający przeprowadził, we własnym zakresie, stosowne badania.

Badania przeprowadzono w dniu 18.12.2013 r. na poligonie w miejscowości Łojewo, należącym do 2 Pułku Inżynieryjnego w Inowrocławiu. W badaniach wykorzystano wojskowy PTS-M, na gąsienicach bez nakładek gumowych. Przeprowadzono 3 próby podjazdu pod wzniesienie o kącie nachylenia 30°, każdą z wynikiem pozytywnym. Przedmiotowe badania w jednoznaczny sposób pokazały, iż stawiany przez zamawiającego wymóg jest możliwy do spełnienia i nie był wynikiem powtórzenia rzekomego błędu zawartego, zdaniem odwołującego, w podręczniku „Pływający transporter gąsienicowy PTS. Opis i użytkowanie” (Inż. 261/69 MON, Warszawa 1971). W/w wymóg nie został przez oferowany wyrób spełniony co jasno wynika ze „Sprawozdania (świadectwa) z badań potwierdzających zgodność wykonania wyrobu (taśm gąsienicowych z nakładkami gumowymi) ze specyfikacją techniczną” wykonanego przez Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej.

W związku z powyższym oraz niezgodnościami oferty z s.i.w.z. wskazanymi w w/w piśmie z dnia 9 stycznia 2014 r., zamawiający w całości podtrzymał argumentację będącą podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Ponieważ była to jedyna oferta w przedmiotowym postępowaniu, po jej odrzuceniu, postępowanie należało unieważnić.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego o całkowitej dowolności interpretacji s.i.w.z. przez zamawiającego. Wykazane niezgodności oferty z zapisami s.i.w.z., szczególnie brak spełnienia warunku pokonania przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku - kąt wzniesienia i spadku co najmniej 30°, jasno wynikają tak z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i z dokumentacji

przedmiotowego postępowania. Zamawiający, jako dysponent środków budżetowych oraz jednostka wojskowa dokonująca zakupów sprzętu i wyposażenia o przeznaczeniu wojskowym, nie może dowolnie interpretować treści s.i.w.z. i właśnie dlatego odstępianie od wyraźnie określonego wymogu (swoista interpretacja w dół) jest niedopuszczalne. W przedmiotowym postępowaniu, przy rozpatrywaniu wcześniejszego odwołania, zamawiający przedstawił wyczerpującą argumentację wskazującą na znaczenie w/w wymogu, którą w całości podtrzymuje.

Ponadto zamawiający wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, w sprawie o sygn. akt: KIO 2730/13. Oświadczył, że wykonał wyrok Izby o tej sygnaturze. Przeprowadził proces oceny złożonej przez odwołującego oferty od początku, zwracając uwagę na wątpliwości, które wyłyły w trakcie poprzedniego postępowania odwoławczego. Ocena oferty odwołującego doprowadziła do wniosku, iż przedmiot oferowany jest niezgodny z treścią specyfikacji. W związku z wątpliwościami, czy faktycznie konstrukcyjnie PTS umożliwia pokonywanie wzniesień o kącie 30 stopni., zamawiający te wątpliwości skierował do Centralnego Organu Logistycznego, który zlecił wykonanie badań przez jednostkę w Inowrocławiu, z których jednoznacznie wynika, że informacje zawarte w instrukcji tego pojazdu są prawdziwe i pojazd może pokonywać wzniesienia o kącie 30 stopni. Zamawiający zwrócił uwagę, że istotnym przy wykonywaniu pomiaru jest prześwit, który ten pojazd powinien zapewniać tj. min. 40 cm. W ocenie zamawiającego parametr prześwitu w badaniach zleconych przez odwołującego prawdopodobnie nie został dochowany, stąd wyniki badań potwierdzały możliwość pokonywania wzniesień jedynie do 25 stopni (str. 54 sprawozdania). Zamawiający oświadczył, że w s.i.w.z. wykluczył zastosowanie klucza elektrycznego, a odwołujący w ofercie podał, że zaproponował taki klucz, a z wiedzy zamawiającego wynika, że zastosowanie ręcznego klucza przekroczy czas 3 godzin, czyli nie zostanie spełniony warunek zamawiającego.

Wnosi o oddalenie wniosków dowodowych wnioskowanych przez odwołującego, stwierdzając, że w dokumentacji zgromadzonej w przedmiotowym postępowaniu możliwe jest ustalenie czy przedmiot oferty zgodny jest z treścią specyfikacji. Jednocześnie wnosi, w przypadku uwzględnienia przez Izbę wniosku odwołującego o przesłuchanie świadka Zbigniewa Kamyka o przeprowadzenie dowodu przesłuchania osób podpisujących protokół (Inowrocław z dnia 18 grudnia 2013 r.) na okoliczność weryfikacji treści tego protokołu i prawdziwości zawartych tam informacji.

Zamawiający wskazał, że wymóg 40 cm prześwitu wynika wprost z instrukcji użytkowania pojazdu, do której bezpośrednio odnosiła się s.i.w.z. Podkreślił również, że istotą jest badanie, czy pojazd podjedzie pod wzniesienie o kącie 30 stopni, a nie czy spełnia warunek kąta natarcia 30 stopni. Zwraca również uwagę, że jeżeli pojazd, którego instrukcja obliuguje

do posiadania wskazanego prześwitu nie spełnia tego parametru, a jest dopuszczony do użytkowania to wszelkie tego konsekwencje ponosi Wojsko Polskie.

Zamawiający dodał, iż parametr dotyczący wymaganego prześwitu w wysokości 40 cm, w instrukcji został podany na rysunku PTS, gdzie zostały podane wymiary pojazdu, w tym również prześwit.

Izba podziela stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutu Nr 1, natomiast za niezasadne uznaje stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutów Nr 2 do 5, w tym zakresie uznając argumentację odwołującego za prawidłową.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty odwołującego uznając, iż przedmiot oferty nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie, w jakim przedmiot oferty miał umożliwiać zamawiającemu korzystanie z taśm gąsienicowych z nakładkami gumowymi (nakładki) przy pokonywaniu wzniesień o kącie nachylenia 30 stopni. Nie jest bowiem możliwe zaoferowanie nakładek, które mogłyby być użytkowane w pojazdach PTS przy pokonywaniu wzniesień o kącie nachylenia wzniesienia 30 stopni, skoro wyniki badań jasno precyzują, iż nie jest możliwe ich zastosowanie w takim zakresie (pomiędzy 25 a 30 stopni). Skoro zatem oferowane nakładki nie mogą być zaoferowane w takim zakresie w jakim wymagał tego zamawiający oznaczać musi, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W powyższym zakresie należy w całości podzielić stanowisko zamawiającego, dodatkowo zwracając uwagę na fakt, iż niezgodność treści oferty odwołującego ma charakter ściśle merytoryczny, dotyczący przedmiotu oferty. Dlatego też w omawianym zakresie znajduje swoje zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Omawiany parametr, dotyczący możliwości pokonywania przez pojazd PTS wzniesień o kącie nachylenia 30 stopni (przy zastosowaniu nakładek), stanowi bowiem parametr graniczny (odcinający), którego niespełnienie musi prowadzić do odrzucenia oferty. Parametr powyższy stanowi bowiem *essentialia negotii* przyszłej umowy, a jako taki musi wypełniać żądanie, jakie mu postawił zamawiający. Brak możliwości wykonywania zadań taktycznych i ratunkowych uniemożliwia bowiem korzystanie z przedmiotu oferty, co z kolei konstytuuje prawo do uznania, iż odwołujący nie wypełnił nałożonego na niego obowiązku zaoferowanie przedmiotu oferty zgodnego z opisem tego przedmiotu poczynionym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby czynności zamawiającego należało uznać za prawidłowe i dokonane zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2730/13. Wskazać bowiem należy, że Izba nakazując zamawiającemu dokonanie



określonych czynności wskazała, iż zamawiający zobowiązany jest m.in. do dokonania ponownego badania i oceny ofert. Tym samym w zakres czynności, o których wskazywała Izba w sentencji wyroku mieszczą się również czynności dotyczące unieważnienia wcześniej dokonanej oceny, a następnie ponownego badania i oceny oferty, co w konsekwencji mogło stanowić podstawę do uznania przez zamawiającego, że pierwotnie wykonane czynności obarczone były błędem. Na konieczność dokonania stosownej korekty czynności zamawiającego Izba wskazała również w uzasadnieniu ww. wyroku, gdzie Izba na stronach 6 i 7 wskazała, że: *„Podnoszone przez zamawiającego w uzasadnieniu jego decyzji okoliczności, dotyczące nie spełnienia warunku w zakresie wymogu technicznego dotyczącego pokonywania wzniesień o nachyleniu min. 30<sup>0</sup> nie dotyczą samej procedury o zamówienie publiczne ale odnoszą się wyłącznie do treści oferty odwołującego i niespełnienia przez nią wymagań technicznych określonych w siwz. Unieważnienia postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie uzasadnia także okoliczność podnoszona w odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego, że zawarcie umowy prowadziłoby do zakupu przez zamawiającego wyrobów niezgodnych z siwz i całkowicie zbędnych. Okoliczność ta odnosi się do oceny zgodności treści oferty z wymaganiami siwz i nie dotyczy wady tkwiącej w samym postępowaniu, która skutkowałaby nieważnością umowy zawartej w sprawie tego zamówienia publicznego. Podobnie, wskazywane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przeprowadzenie dialogu technicznego, w toku którego odwołujący nie zgłaszał żadnych uwag co do wymogów technicznych, w tym dotyczących pokonywania wzniesień, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu i nie uzasadnia zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że przedstawione przez odwołującego sprawozdanie z badań, wykonanych przez Wojskowy Instytut Techniki Inżynierskiej we Wrocławiu potwierdza na stronie 44, że „[...] transporter PTS -M z zamontowanymi taśmami gaśnicowymi wyposażonymi w nakładki gumowe nie jest w stanie pokonać przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku 30<sup>0</sup> bez ładunku. Próba podejścia do przeszkody zakończyła się negatywnie. W wyniku sprawdzeń stwierdzono również, że transporter PTS-M z zamontowanymi taśmami gaśnicowymi wyposażonymi w nakładki gumowe jest w stanie przodem pokonać przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku 22<sup>0</sup>”. W pkt 7 sprawozdania z badań stwierdzono jednocześnie, że „ograniczenie możliwości pokonywania przeszkody o kącie pochylenia 30<sup>0</sup> nie wynika z zastosowania nakładek gumowych tylko rzeczywistego kąta wejścia transportera PTS-M”. Dodatkowo w oświadczeniu z dnia 10 grudnia 2013 roku, złożonym przez odwołującego w toku rozprawy, Wojskowy Instytut Techniki Inżynierskiej stwierdził, że „maksymalny kąt natarcia PTS –M wynosi 25<sup>0</sup> i wartość tę należy przyjąć za maksymalny kąt wzniesienia przeszkody umożliwiającą bezkolizyjny podjazd transportera. W tym samym*

*piśmie WITI stwierdził, że „będące przedmiotem zamówienia nakładki gumowe nie pogarszają właściwości trakcyjnych pojazdu (w odniesieniu do taśm gąsienicowych bez nakładek) związanych m. in. z pokonywaniem przeszkód”.*

Wskazać również należy, że nawet jeżeli Izba nie nakazywałaby wykonania określonych czynności, to zamawiający na każdym etapie postępowania jest uprawniony (przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie stanowią takiego zakazu) do korygowania własnych błędów popełnionych w trakcie prowadzonej procedury udzielania zamówienia publicznego, w tym związanych z oceną złożonych ofert. Od każdej z takich czynności, jak też od zaniechań w tym zakresie wykonawcom przysługuje prawo zaskarżenia poprzez wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosnie zarzutu dotyczącego samodzielnie wykonywanej przez zamawiającego oceny złożonej przez odwołującego oferty w 2 Pułku Inżynieryjnym w Inowrocławiu, to stwierdzić należy, że zamawiający prawidłowo, starając się brać wszystkie obiektywne czynniki dołożył należytej staranności dokonując takowej oceny. Spekulacje zaś odwołującego stanowią zaś jedynie chęć wywołania negatywnego obrazu działań zamawiającego, które nie znajdują akceptacji u Izby.

W ocenie Izby zamawiający w sposób dostateczny udowodnił, że pojazd PTS jest w stanie pokonywać przeszkody – wzniesienia o kącie 30 stopni, co znalazło swój wyraz w opinii sprawozdaniu z dnia 18 grudnia 2013 roku. Jak słusznie wskazał zamawiający, aby móc przeprowadzić stosowne badanie należało ustalić, iż pojazd, na którym to badanie będzie wykonywane, posiadał prześwit 40 cm. Taka okoliczność wynika bezpośrednio z instrukcji użytkowania pojazdu – podręcznik „Pływający transporter gąsienicowy PTS. Opis i użytkowanie” (Inż. 261/69 MON, Warszawa 1971), gdzie na rysunkach technicznych wymagany prześwit (prześwit użytkowy, eksploatacyjny) został określony.

Odwołujący na rozprawie przyznał, że nie wie jaki prześwit posiadał zgłoszony przez niego pojazd do badań.

Tym samym stwierdzić należało, że odwołujący nie dołożył należytych starań, aby wynik przedstawionego przez niego sprawozdania był prawidłowy. Izba stwierdziła, że dowód zgłoszony przez zamawiającego potwierdza, że przy użytkowym (konstrukcyjnie) prześwicie (40 cm) pojazd PTS jest w stanie pokonywać wzniesienia o kącie 30 stopni, co z kolei oznacza, że zarzuty odwołującego w tym zakresie należało uznać za niezasadne, gdyż z przedłożonego przez odwołującego sprawozdania jasno wynika, że po założeniu taśm gąsienicowych z nakładkami gumowymi pojazd pokonywał maksymalnie wzniesienia o kącie 25 stopni, tj. nie spełnił wymogu s.i.w.z.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołującego odnoszących się do wskazywanych przez zamawiającego uchybień w ofercie odwołującego Izba stwierdziła, że są one zasadne, gdyż wykazywane przez zamawiającego nieprawidłowości nie znajdują swojego odzwierciedlenia

w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności Izba wskazuje, że jeżeli zamawiający miał taką obiektywną potrzebę, aby przedmiot oferty zawierał określone, specyficzne wymagania, to opis tych wymagań, w maksymalnie możliwej szczegółowości, powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w OPZ. Skoro zatem zamawiający takiego szczegółowego opisu nie zawarł, to na etapie oceny ofert swobodna interpretacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kierunku przyjętym przez zamawiającego nie może znaleźć akceptacji. Tym bardziej, że wywołuje ona (interpretacja) negatywną sytuację u wykonawcy odwołującego.

Należy bowiem odróżnić sytuację, w której zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawia parametry wymagane do spełnienia, opisane w sposób szczegółowy, nawet jeżeli znajdują one swoje odzwierciedlenie w przepisach dalszych, jednakże wskazanych przez zamawiającego (tak jak w przedmiotowym postępowaniu odniesienie się do podręcznika „Pływający transporter gąsienicowy PTS. Opis i użytkowanie” (Inż. 261/69 MON, Warszawa 1971), gdzie na rysunkach technicznych wymagany prześwit (prześwit użytkowy) został określony) od sytuacji, w której zamawiający dopiero na etapie oceny ofert precyzuje, jaki faktycznie przedmiot oferty wypełniłby jego zapotrzebowanie. Skoro zatem w zakresie zarzutu Nr 1 można zdefiniować w jaki sposób należy wypełnić żądanie zamawiającego, tak aby przedmiot oferty spełnił wymagania zamawiającego (uzyskując pozytywny wynik badań), tak w zakresie zarzutów od 2 do 5 takich definicji w s.i.w.z. nie można odnaleźć.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że argument odwołującego dotyczący faktu, iż posiada już wyprodukowany przedmiot zamówienia i w związku z tym poniesie szkodę w wyniku działań zamawiającego, należy uznać za bezpodstawny. W ocenie Izby (na co wskazują okoliczności dotyczące realizacji zamówienia z 2011 roku) odwołujący posiada taśmy gąsienicowe z nakładkami gumowymi wyprodukowane do realizacji umowy nr 69/2011 z dnia 30.9.2011 r. i w ramach przedmiotowego postępowania stara się ten produkt sprzedać, gdyż z ww. umowy, po dostarczeniu 1 egzemplarza, poprzedni zamawiający wycofał się z realizacji pozostałej części zamówienia (dalszych 19 sztuk).

Niemniej biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotowe odwołanie należało oddalić, gdyż jego uwzględnienie pozostawałoby bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania, gdyż oferta odwołującego i tak podlega odrzuceniu ze względu na niespełnienie wymogu dotyczącego pokonywania wzniesień o kącie 30 stopni.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczona jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....