

Sygn. akt: KIO 1814/15

WYROK

z dnia 3 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2015 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015 roku przez wykonawcę **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GWIAZDA – PPHU K. B., z siedzibą w Pruszczu Gdańskim** w postępowaniu prowadzonym przez **31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

a) szczegółowe określenie i wskazanie wiążących wykonawców postanowień Instrukcji KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP01/2014 wydanie 2014 roku w zadaniu nr 4 w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wraz z podaniem informacji w jaki sposób i gdzie wykonawcy mogą zapoznać się z treścią tego dokumentu;

b) dookreślenie pojęcia „producent”, którym Zamawiający posługuje się w dokumentach postępowania, ze wskazaniem podmiotów będących producentem dla danego typu urządzeń w poszczególnych zadaniach, w których pojęcie to funkcjonuje, w tym w szczególności w zadaniu nr 1 oraz nr 4;

c) modyfikację pkt III.4.11 SIWZ w ten sposób, że w zakresie zadania nr 4 wprowadza się zapis: „Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo wstrzymać wykonanie naprawy i zawiadomić Zamawiającego w przypadku przewidywanego przekroczenia kosztów naprawy wynoszącego 900 zł” i dostosowanie postanowień projektu umowy;

d) rozdzielenie zadania nr 1 w taki sposób, aby możliwe było złożenie oferty oddzielnie na wykonanie usługi tylko wobec automatów Cypres 2 oraz tylko wobec automatów Cypres 25;

e) wykreślenie w pkt V SIWZ oraz innych powiązanych dokumentach, że miejscem wykonania zadań od 1 do 3 może być „siedziba/zakłady Wykonawcy lub siedziba przedstawiciela Wykonawcy”, w zadaniu 4 natomiast wykreślenie określenia, że miejscem wykonywania zadania może być „siedziba Wykonawcy”.

2. W zakresie pozostałych żądań Odwołującego, które zostały podtrzymane na rozprawie, Izba uznała je za niezasadne i podlegające oddaleniu.

3. Kosztami postępowania obciąża **31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GWIAZDA – PPHU K. B., z siedzibą w Pruszczu Gdańskim** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego **31. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu** na rzecz wykonawcy **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GWIAZDA – PPHU K. B., z siedzibą w Pruszczu Gdańskim** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

21 sierpnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 907 ze zm. - w dalszej części jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „Gwiazda” K. B. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, w dalszej części jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa Naprawy i Serwisowania Sprzętu Spadochronowego i Desantowego” prowadzi Zamawiający: 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierz. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod nr: 2015 S 154-284575 z dnia 12.08.2015 roku. Odwołujący dochował terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2) ustawy, w związku z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp. Wartość zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

A. rażące naruszenie przepisów ustawy, w tym art. 7 ust. 1. art. 22 ust. 4 oraz art. 29 ust. 1, 2 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez:

1) określenie w wielu postanowieniach SIWZ, że Wykonawca winien wykonywać usługi zgodnie z zakresem czynności wskazanym w instrukcji KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP-01/2014 wydanie z 2014 roku (tak m.in. stanowi pkt III.4.1, III.4.3, III.4.8 SWIZ, pkt III.4.2.9.a) i b) SWIZ, §1 ust. 1 wzoru Umowy), co stanowi odwołanie się do dokumentu, który nie został załączony do SIWZ. A jednocześnie stanowi odwołanie do dokumentu prywatnego osoby trzeciej (firmy Air-Pol Sp. z o.o. z/s w Legionowie), która to Instrukcja zastrzega w swej treści, iż firma Air-Pol posiada wszelkie prawa do ww. Instrukcji, a tym samym stanowi to rażące ograniczenie uczciwej konkurencji, określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz stanowi brak dopuszczenia „rozwiązań równoważnych”;

2) określenie w treści SIWZ, że: „Zamawiający uzna przedmiotowy warunek za spełniony w odniesieniu do Wykonawców, którzy dysponują co najmniej 1 osobą uprawnioną przez Producenta sprzętu do obsługi (obsługi głównej) automatów KAP3-P1 - dotyczy zadania 4“ (pkt VI.1.3 SIWZ), co stanowi odwołanie do pojęcia, które nie zostało w SIWZ nigdzie określone, a nadto w sytuacji, w której automaty spadochronowe KAP3P-1 nie są produkowane od lat i nie ma możliwości określenie pojęcia „Producent” i spełnienia tego

warunku przez wykonawców, a tym samym stanowi to rażące ograniczenie uczciwej konkurencji oraz określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia;

3) określenie w treści SIWZ, że wykonawca ma przedstawić: „Wykaz osób uprawnionych przez producenta sprzętu do wykonywania obsługi (obsługi głównej) automatów KAP3-P1- zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ - dotyczy zadania 4” (Pkt VII.1.5) SIWZ), co - w sytuacji, w której automaty spadochronowe KAP 3P-1 nie są produkowane od lat - stanowi warunek nie możliwy do spełnienia, a nadto stanowi to rażące ograniczenie uczciwej konkurencji oraz określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia;

4) określenie w treści SIWZ, że wykonawca ma przedstawić „upoważnienie producenta do obsługi automatów Cypres - dotyczy zadania 1” (Pkt VII.1.2) SIWZ), co stanowi rażące ograniczenie uczciwej konkurencji oraz określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia;

5) określenie w treści Ogłoszenia o Zamówieniu {pkt III.2.1).2.1)} oraz w treści SIWZ, że „System zarządzania jakością Wykonawcy winien spełniać wymagania zawarte w AQAP 2120” (Pkt VI 1.1.2) SIWZ) oraz jednocześnie, że wykonawca winien przedstawić: „AQAP 2120 lub Certyfikatu ISO 9001 i dokumentu potwierdzającego wdrożenie AOAP 2120” (Pkt II 1.4.9) SIWZ), co stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji oraz określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia;

6) określenie w pkt III.4.11 SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest każdorazowo wstrzymać wykonanie naprawy oraz powiadomić zamawiającego w przypadku przewidywanego przekroczenia kosztów naprawy wynoszącego 70% wartości nowego sprzętu, podczas gdy jednocześnie SIWZ nie określa jaka jest wartość nowego sprzętu, co stanowi sformułowanie postanowień SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

7) określenie w treści SIWZ, że w ramach jednego Zadania nr 1 powinna być dokonana usługa przeglądu zarówno automatów spadochronowych typu Cypres 2, jak i Cypres 25, co stanowi istotne ograniczenie uczciwej konkurencji;

8) określenie w pkt V SIWZ, że miejscem wykonania Zadań od 1 do 3 wyłącznie może być „siedziba/zakłady Wykonawcy lub siedziba przedstawiciela Wykonawcy”, co stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji oraz określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia;

9) określenie w pkt V SIWZ, że miejscem wykonania Zadań od 4 może być „siedziba Wykonawcy”, co stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji oraz określenie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

B. naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp polegające na braku określenia w SIWZ wymagań dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania 4 zamówienia, którego wartość stanowi ok. 90% wartości zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ i sformułowanie ich w sposób zgodny z postanowieniami ustawy, w szczególności:

a) wykreślenie wszystkich postanowień zawierających odwołanie do treści Instrukcji KAP -03/2014 (ASP-5) nr KAP-01/2014 wydanie z 2014 roku (zwłaszcza, ale nie wyłącznie pkt III.4.1, III.4.3, 111.4.8 SWIZ, pkt III.4.2.9.3) i b) SWIZ, §1 ust. 1 wzoru Umowy);

b) wykreślenie wszystkich postanowień SIWZ, które zawierają odwołanie do pojęcia „Producenta” automatów spadochronowych (zwłaszcza ale nie wyłącznie pkt VI. 1.3), Pkt VII. 1.5), Pkt VII.1.2), Załącznik nr 6 SIWZ);

c) wykreślenie wszystkich postanowień SIWZ i Ogłoszenia o Zamówieniu, które zawierają odwołanie do system AQAP2120 lub IS09001 (zwłaszcza pkt Pkt VII.1.2), Pkt III.4.9) SIWZ);

d) określenie w treści SIWZ postanowień w przedmiocie wymagań od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie Zadania 4. zamówienia;

e) wykreślenie zakwestionowanych postanowień SIWZ dotyczących miejsca wykonywania zamówienia,

f) zmiana SIWZ polegająca na rozdzieleniu Zadania nr 1 w taki sposób, aby możliwa była do złożenia oferta oddzielna na wykonanie usługi tylko wobec automatów Cypres 2 oraz tylko wobec automatów Cypres 25.

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w szczególności uzasadnionych kosztów Odwołującego, według norm przepisanych.

Interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa wskazanych w zarzutach. Naruszenie interesu prawnego Odwołującego polega na tym, iż zakwestionowane postanowienie SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwiają złożenie Odwołującemu prawidłowej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził w uzasadnieniu odwołania, że SIWZ zawiera szereg postanowień, które ograniczają uczciwą konkurencję lub wręcz wyłączają możliwość konkurencji w sposób zupełnie bezzasadny, w szczególności w zakresie wykonania czynności obsługowych na automatach KAP-3P1 (Zadanie nr 4), które stanowi ok. 90% wartości zamówienia. Działania takie stanowią rażąco naruszenia treści art. 7 ustawy Pzp

zobowiązującego zamawiających do przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Od kilkunastu lat do 2014 roku wyłącznie jednostki organizacyjne Sił Zbrojnych RP udzielały zamówień na usługę przeglądu, serwisowania i naprawy automatów spadochronowych KAP-3P1. Zamówienia udzielane były w trybach konkurencyjnych, albo w drodze przetargów pisemnych odbywających się na zasadach prawa cywilnego, albo według przepisów ustawy Pzp. Wykonywanie tego rodzaju usług nie było związane z posiadaniem przez wykonawcę jakichkolwiek praw wyłącznych, jak również nie narusza żadnych praw wyłącznych jakiegokolwiek podmiotu trzeciego (tj. innego niż wykonawca usług). Automaty spadochronowe KAP-3P1 wykorzystywane są również w jednostkach cywilnych. Odwołujący od kilkunastu lat startował w tych postępowaniach, które zawsze miały charakter otwarty i konkurencyjny. Część z tych zamówień Odwołujący realizował i zawsze swoje zadania realizował należycie.

Przedmiotem Zadania 4 zamówienia jest wykonanie obsługi głównej i naprawy warsztatowej automatów spadochronowych KAP- 3P1. Tego rodzaju działalność wykonywana jest na podstawie Certyfikatu Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w zakresie obsługi sprzętu spadochronowego. Dostateczną gwarancją należytej realizacji zamówienia w wymaganym zakresie daje podmiot posiadający taki Certyfikat i jest on zresztą powszechnie wymagane od wielu lat do realizacji tego rodzaju zamówień. Podobnego rodzaju ograniczenia jakie określono w danym zamówieniu próbowano już w przeszłości wprowadzać do specyfikacji. Dla przykładu podano przetarg z 2014 roku organizowany przez WOG Zgierz, gdzie po złożeniu odwołania zamawiający wycofał się z zapisów ograniczających konkurencję.

Przechodząc do omówienia konkretnych postanowień SIWZ naruszających przepisy ustawy Pzp, Odwołujący zwraca uwagę Izby na postanowienia odwołujące do Instrukcji KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP-01/2014 wydanie z 2014 roku (dalej w treści jako „Instrukcja”). Wiele postanowień SIWZ odwołuje się do tej Instrukcji, w tym pkt III.4.1, III.4.3, III.4.8 SIWZ, pkt II. 4.2.9.a) i b) SIWZ, §1 ust. 1 wzoru Umowy.

Kwestionując te zapisy, trzeba wskazać przede wszystkim, że odwołanie zawarte w tych postanowieniach SIWZ dotyczy dokumentu, który nie jest załączony do treści SIWZ (!), co niewątpliwie przesądza o tym, że SIWZ jest niekompletny i stanowi to naruszenia przepisów ustawy Pzp. Normy prawne regulujące udzielanie zamówień publicznych pozwalają na opis przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych. W tym jednak przypadku odwołanie absolutnie nie dotyczy Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, bowiem Instrukcja, o której mowa w SIWZ, to dokument prywatny firmy Air-Pol Sp. z o.o. z/s w Legionowie i jest dostępna na

stronie internetowej: https://www.air-pol.com.pl/images/instrukcja_kap-3pl.pdf. Instrukcja ta w wielu miejscach nakazuje współpracę z firmą Air-Pol i stosowanie oznaczeń tej firmy. Paradoks całej sytuacji ukazuje również to, instrukcję dotyczącą obsługi automatów KAP-3P1 do dzisiaj można nabyć na serwisie aukcyjnym allegro.pl za kilkadziesiąt złotych. Postanowienia SIWZ odwołujące do Instrukcji należy bezsprzecznie uznać za naruszające uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, ponieważ z jednej strony SIWZ pozostaje niekompletny, a nadto odwołanie poczynione w SIWZ dotyczy dokumentu prywatnego osoby trzeciej względem Zamawiającego i będącego podmiotem prywatnym.

Istotnym naruszeniem zasad przeprowadzania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp jest także określenie w treści SIWZ, że: „Zamawiający uzna przedmiotowy warunek za spełniony w odniesieniu do Wykonawców, którzy dysponują co najmniej 1 osobą uprawnioną przez Producenta sprzętu do obsługi (obsługi głównej) automatów KAP3-P1 - dotyczy zadania 4” (pkt VI.1.3) SIWZ).

Odwołujący zaznaczył, że automaty KAP-3P1 nie są produkowane od lat na terenie Polski. Warunek zawarty w SIWZ jest zatem niemożliwy do spełnienia. Automaty spadochronowe typu KAP z różnymi ich odmianami są konstrukcji radzieckiej z lat 50. W Polsce produkowane i eksploatowane w wojsku polskim są od 1969 roku. Zasady ich eksploatacji ściśle określone są w wojskach lądowych przez „Technologię Obsługi Technicznej Automatu Spadochronowego KAP- 3P1” wraz z kartami technologicznymi, które stanowią jej część. Natomiast, w wojskach lotniczych obsługa wykonywana była zgodnie z kartami technologicznymi warsztatów służby wysokościowo - ratowniczej. Regulacje te pozwoliły utrzymać automaty w doskonałym stanie technicznym do chwili obecnej. Wojsko szkoliło w ich obsłudze wysokiej klasy specjalistów w służbach spadochronowych jednostek desantowych oraz w jednostkach lotniczych w służbie wysokościowo- ratowniczej. Jednostki posiadają specjalistyczny sprzęt (jednostki lotnicze GOTUWR) zapewniający należyłą obsługę automatów. Nigdy przez 45 lat eksploatacji w wojsku nie zdarzył się żaden wypadek i nie było wypadków wynikających z nienależytego stanu technicznego automatów spadochronowych typu KAP.

W konsekwencji powyższego, zawarcie w SIWZ postanowień, które wymagają, aby wykonawca usługi przeglądu automatu posiadał upoważnienie od „Producenta” można jedynie postrzegać jako omyłkę pisarską (?!). Jeżeli zaś, zapis ten uczyniono celowo przez Zamawiającego, to niewątpliwie jest to postanowienie naruszające uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, skoro - jak wskazano - automat ten nie jest obecnie produkowany, zaś w dotychczas organizowanych przetargach wystarczający był certyfikat ULC stwierdzający uprawnienie wykonawcy do obsługi tego rodzaju automatu. Wykonawca nie ma nawet możliwości starania się u „Producenta” o uzyskanie stosownego

uprawnienia. Nadto zaś, samo odwołanie się do cech podmiotowych wykonawców stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji, ponieważ możliwość startowania w przetargu zależy od woli podmiotu prywatnego, nie zaś obiektywnych kryteriów lub uprawnień nadawanych przez instytucje publiczne.

Nie znajdują także, zdaniem Odwołującego, uzasadnienia w naczelnych zasadach udzielania zamówień publicznych określenia w treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.2.1).2.1)) oraz w treści SIWZ, że „System zarządzania jakością Wykonawcy winien spełniać wymagania zawarte w AQAP 2120” (Pkt VI 1.1.2) SIWZ) oraz jednocześnie, że wykonawca winien przedstawić: „AQAP 2120 lub Certyfikatu ISO 9001 i dokumentu potwierdzającego wdrożenie AQAP 2120” (Pkt 111.4.9) SIWZ).

Postanowienia takie ograniczają uczciwą konkurencję oraz określają wymagania nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, określenie wskazanego wymagania jakościowego narusza treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zwraca uwagę, że przedmiotem zamówienia są usługi, które powinny być wykonane w sposób należyty przez podmiot posiadające stosowne zaświadczenia z ULC, które samo w sobie jest potwierdzeniem możliwości należytego wykonania zamówienia. Nieuprawnione jest odwoływanie się w treści SIWZ do wymagań podmiotowych, jak w zakwestionowanym postanowieniu, tym bardziej, że system ten nadawany jest przez jednostki prywatne, nie zaś instytucje publiczne.

Odwołujący kwestionuje również postanowienie SIWZ sformułowane w pkt III.4.11 SIWZ, w którym stwierdza się, że wykonawca zobowiązany jest każdorazowo wstrzymać wykonanie naprawy oraz powiadomić zamawiającego w przypadku przewidywanego przekroczenia kosztów naprawy wynoszącego 70% wartości nowego sprzętu, podczas gdy jednocześnie SIWZ nie określa jaka jest wartość nowego sprzętu. Zobowiązanie to dotyczy Zadania 4. zamówienia, czyli obsługi automatów KAP-3P1, które nie są już obecnie produkowane i nie ma możliwości określenia wartości „nowego sprzętu”, o czym mówi SIWZ. Takie sformułowanie postanowień SIWZ stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ opis przedmiotu zamówienia określony jest w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Postanowieniem, które narusza zasadę uczciwej konkurencji jest również określenie przez Zamawiającego miejsca wykonywania umowy poprzez wskazanie, że:

- miejscem wykonania Zadań od 1 do 3 włącznie może być: „siedziba/zakłady Wykonawcy lub siedziba przedstawiciela Wykonawcy” oraz że

- miejscem wykonania Zadań od 4 może być: „siedziba Wykonawcy”.

Ograniczenie w ten sposób miejsca wykonywania umowy nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle celów zamówienia publicznego, tym bardziej, że system AQAP dopuszcza możliwość korzystania z podwykonawców, przy zachowaniu norm jakościowych. Niezrozumiałym jest, że w opisie zadań od 1 do 3 dopuszcza się wykonanie zadania w siedzibie przedstawiciela wykonawcy, a w zadaniu nr 4 taką możliwość się wyklucza. Bez głębszej analizy stwierdzić należy, że postanowienie takie jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jak wskazuje doktryna prawa zamówień publicznych i co nie ulega wątpliwości, w postępowaniach, których wartość jest równa progom unijnym lub je przekracza, zamawiający ma obowiązek żądać oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych, niezależnie od trybu, w którym prowadzi postępowanie (tak: komentarz do ustawy, aut. Jerzy Pieróg, wyd. 13, SIP Legalis).

W treści SIWZ Zamawiający określił tylko jedno wymaganie dla Zadania 4. zamówienia stanowiącego ok. 90% jego łącznej wartości. Wymaganie to wskazuje, że wykonawca winien przedstawić: „Wykaz osób uprawnionych przez producenta sprzętu do wykonywania obsługi (obsługi głównej) automatów KAP3-P1- zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ -dotyczy zadania 4” (Pkt VII.1.5) SIWZ). Niemniej, wymaganie do przedstawienia tego dokumentu - jak już wyżej omówiono - narusza zasadę udzielania zamówień i jest kwestionowane przez Odwołującego.

Co bardzo istotne, że dla pozostałych zadań zamówienia (choć ich wartość jest kilkadziesiąt razy mniejsza odnosząc je do zadania 4.) ustanowiono wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, zaś dla zadania 4. zamówienia, które stanowi ok. 90% jego łącznej wartości nie ustanowiono żadnych wymagań. Odwołujący nie ma również wątpliwości, że takie sformułowanie SIWZ stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie bardziej ogólnych rozważań, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., tak też wyr. SO w Warszawie

z 1.4.2004 r., V Ca 1661/03, niepubl.). Zgodnie z art. 3 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Wykonawca nie ma najmniejszych wątpliwości, że takie ukształtowanie SIWZ narusza interes wykonawców chcących złożyć ofertę w ramach przedmiotowego postępowania, a tym samym stanowi naruszenia normy określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznacza, iż „opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia” (Opinia Prawna UZP zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl). Zagadnienie adekwatności warunków przedmiotu zamówienia było wielokrotnie przedmiotem analizy orzecznictwa KIO i Wykonawca nie ma wątpliwości, co do błędnego i niewłaściwego określenia przez Zamawiającego tych warunków w zakresie opisanym powyżej. Interpretacje Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące roli przywołanych powyżej przepisów ustawy wynikają z następujących orzeczeń Izby: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2012 r. KIO/KD 33/12; wyrok KIO z 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 150/08, LexPolonica nr 2260117, Lexis Nexis nr 2260117.

Bardzo istotnym jest wskazanie, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, co oznacza, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, a dowód, że do takiego utrudnienia nie doszło, ciąży na zamawiającym (wyrok KIO z 30 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1463/08, LexPolonica nr 2260084, Lexis Nexis nr 2260084).

Z powyższych orzeczeń KIO wynika jednoznacznie, że Zamawiający formułując postanowienia SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu jest zobowiązany do odpowiedniego wyważenia pomiędzy zapewnieniem należytego i terminowego wykonania zamówienia, a zasadą zachowania uczciwej konkurencji, tj. umożliwieniem złożenia oferty każdemu wykonawcy, który jest w stanie wykonać takie zamówienia terminowo i należyście.

Całość powyższych rozważań, zdaniem Odwołującego, wskazuje na zasadność odwołania i w rezultacie na zasadność wniosków przedstawionych w jego części wstępnej.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był

sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 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" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Izba podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: <<Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, tudzież wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11). Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)". Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą

konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: "W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych." (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)>> (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12).

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim opis przedmiotu zamówienia odnosił się do przywoływanej w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu w zadaniu nr 4 instrukcji KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP-01/2014 wydanie z 2014 roku, Izba częściowo uwzględniła powyższy zarzut.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że działał zgodnie z Decyzją nr 375/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2011 roku na podstawie § 1 pkt

8 lit d) oraz § 2 pkt 14 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 lipca 1996 roku w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Obrony Narodowej. Decyzją Ministra wprowadzona została do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych RP „Instrukcja opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP”, do postanowień której Zamawiający zobowiązany jest się stosować. Odwołanie do Instrukcji KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP-01/2014 wydanie z 2014 roku znajduje się w biuletynie eksploatacyjnym o podanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie numerze. Izba w składzie rozpoznającym przedmiotowe odwołanie uznała, że Zamawiający odwołując się do treści wewnętrznych dokumentów miał prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, albowiem jest on podmiotem użytkującym od lat dany sprzęt i umiejętności właśnie w zakresie obsługi i naprawy tego sprzętu musi wymagać od podmiotów zainteresowanych zadaniem. O ile za prawidłowe można uznać odwoływanie się do treści określonych dokumentów, jednakże zauważyć należy, że dokumenty, na które się powołuje i na podstawie których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia winny być w SIWZ ujęte w taki sposób, aby każdy wykonawca zainteresowany postępowaniem mógł się z nimi zapoznać. Dlatego też za niewystarczające do opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z regułami Pzp Izba uznała wskazanie, że Instrukcja KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP-01/2014 wydanie z 2014 roku dostępna jest dla wykonawców na określonej stronie internetowej (zwłaszcza, że jest to strona podmiotu trzeciego), nawet jeżeli wykonawcy (w tym Odwołujący) mogą z łatwością zidentyfikować tę stronę. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to na nim spoczywa obowiązek uczynienia zadość wymaganiom art. 29 ustawy Pzp. Zamawiającego nie tłumaczy okoliczność, że dana Instrukcja objęta jest prawami autorskimi podmiotu trzeciego, który zabrania rozpowszechniania tego dokumentu. Skoro Zamawiający wymaga, aby wykonawcy wykonując poszczególne czynności przy realizacji przedmiotu zamówienia kierowali się regułami wynikającymi z Instrukcji oraz dokument ten jest częścią wewnętrznych reguł postępowania Zamawiającego, to obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie na równych zasadach dostępu do danego dokumentu z poszanowaniem praw autorskich podmiotu trzeciego. Ustawa prawo autorskie zawiera odpowiednie regulacje umożliwiające Zamawiającemu zapewnienie dostępu do określonych dokumentów, zwłaszcza w przypadku, kiedy Zamawiając dany dokument czyni częścią swojej dokumentacji wewnętrznej i na niego się powołuje. Dlatego też Izba nakazała, aby Zamawiający dokonał w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu szczegółowego określenia i wskazania wiążących wykonawców postanowień Instrukcji KAP-01/2014 (ASP-5) nr KAP01/2014 wydanie 2014 roku w zadaniu nr 4 w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wraz z podaniem informacji w jaki sposób i gdzie wykonawcy mogą zapoznać się z treścią tego dokumentu lub odpowiednie postanowienia instrukcji uczynił częścią specyfikacji. W zakresie rozpoznawanego zarzutu nie uznano jednak, że możliwe jest dopuszczenie

rozwiązań o charakterze równoważnym, ponieważ postępowanie dotyczy obsługi określonych automatów i jak słusznie zauważył Zamawiający nie istnieją rozwiązania równoważne, a przynajmniej tezy takiej nie udowodnił Odwołujący.

Za wiarygodne uznano wyjaśnienia Zamawiającego odnośnie możliwości wymagania od wykonawców certyfikatów wydanych przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, jako dokumentów nie wystarczających do obsługi sprzętu spadochronowego w zadaniu nr 4. Skoro po zmianie przepisów w 2013 roku nie jest konieczne i możliwe uzyskanie takiego certyfikatu, ponieważ działalności w zakresie obsługi i naprawy automatów spadochronowych, których nie uważa się za podzespoły spadochronu, a tym samym za sprzęt spadochronowy, co nie wymaga uzyskania certyfikatu w zakresie obsługi sprzętu spadochronowego, bez znaczenia postawała okoliczność, że takie wymagania funkcjonowały we wcześniejszych postępowaniach, także prowadzonych przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił zaś żadnej argumentacji, która stanowiłaby zaprzeczenie dla twierdzeń Zamawiającego.

W przypadku zarzutów związanych z używaniem przez Zamawiającego w dokumentach postępowania sformułowania „producent”, bez bliższego określenia jaki podmiot Zamawiający ma na myśli, a także kwestionowania przez Odwołującego ustalonego w zadaniu nr 4 warunku udziału w postępowaniu związanego z potencjałem osobowym wykonawcy, w takim zakresie, że musi on wykazać dysponowanie co najmniej jedną osobą uprawnioną przez producenta sprzętu do obsługi automatów i powiązanego z tym zarzutu odnośnie wykazu dokumentów, gdzie wykonawca ma przedstawić wykaz osób uprawnionych przez producenta do wykonywania usługi (zadanie nr 4) oraz przedstawić upoważnienie producenta do obsługi automatów (zadanie nr 1), Izba częściowo uznała ich zasadność.

Uznano, że Zamawiający wprowadzając do treści SIWZ określone pojęcia, winien dokonać szczegółowego zdefiniowania tych pojęć, tak aby miały one dla każdego wykonawcy jednakowe znaczenie, aby każdy uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiedział jak podmiot ma na myśli gospodarz postępowania w poszczególnych częściach zamówienia, kiedy używa sformułowania „producent”. Dlatego też nakazano szczegółowe dookreślenie tego pojęcia ze wskazaniem podmiotów będących producentem dla danego typu urządzeń w poszczególnych zadaniach, w których pojęcie to funkcjonuje, w tym w szczególności w zadaniu nr 1 oraz nr 4.

W pozostałym zakresie podniesione zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Nie uznano za nadmierny, nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia obowiązek dysponowania co najmniej jedną osobą uprawnioną przez producenta sprzętu do jego obsługi w zakresie zadania nr 4. Zamawiający określając poziom zdolności wykonawcy

do wykonania zamówienia przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu ma prawo i obowiązek zapewnić sobie wybór wykonawcy, który zdolny jest świadczyć usługi na wysokim poziomie, o wysokiej jakości. Ma zatem prawo żądać, aby wykonawca dysponował odpowiednio przeszkolonym i sprawnym zespołem, który zapewni prawidłowe wykonanie zamawianych usług. Tylko taki bowiem wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Konieczność wskazania jednej osoby, która zna dany sprzęt i przeszła przeszkolenie u producenta tego sprzętu nie można uznać za wymaganie nadmierne. Wielokrotnie w postępowaniach związanych z branżą IT, czy też branżą medyczną, Zamawiający stawiają wymagania, że wykonawca musi dysponować osobami, które znają dany sprzęt, umieją go obsługiwać, co potwierdzić mają odpowiednie certyfikaty weryfikujące wiedzę i umiejętności zespołu osób. Automaty spadochronowe są urządzeniami specjalistycznymi, zatem nie dziwi zachowanie Zamawiającego, który chce sobie zapewnić wykonanie usługi przy pomocy osób obeznanych z danym urządzeniem, przeszkolonych przez producenta, który wyda stosowny dokument potwierdzający wiedzę i doświadczenie danej osoby. Dostrzeżenia wymaga, że dostęp do szkoleń prowadzonych przez producenta automatów KAP nie ma charakteru ograniczonego, a przynajmniej takiej tezy nie wykazał Odwołujący. Uczestnikiem szkolenia może stać się każda zainteresowana osoba, czy też podmiot, a więc bez żadnych ograniczeń możliwe jest uzyskanie potwierdzenia o posiadaniu stosownych umiejętności.

Dodatkowo Zamawiający na rozprawie skutecznie wykazał, że w przypadku zadania nr 1 i 4 pod uwagę wziąć należało także autorskie prawa majątkowe oraz prawo własności przemysłowej, czy technologię produkcji, do której prawa przysługują określonym podmiotom. Zamawiający złożył kopię umowy o odpłatne przeniesienie prawa do wyrobu automatu spadochronowego KAP-3P-1 wyjaśniającą jaki podmiot jest następcą prawnym producenta automatów KAP i kto posiada wszelkie prawa do podejmowania decyzji w zakresie rozporządzania tym urządzeniem. Wbrew twierdzeniom Odwołującego umowa ta potwierdza kto jest producentem automatu określonego typu i komu wobec tego przysługują określone prawa związane z produkcją automatu, także w zakresie konserwacji i bieżącej obsługi urządzenia. Podobnie w przypadku zadania nr 1 Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego i nie przedstawił żadnych dowodów, że producent automatów typu Cypres zastrzegł, iż napraw może dokonywać autoryzowany przedstawiciel producenta. Z tych powodów uznano, że wymagania w zakresie przedstawienia odpowiednich dokumentów (wykazów osób) są powiązane z warunkami udziału w postępowaniu i nie można uznać ich za nadmierne.

Za zasadne Izba uznała również zarzuty i żądania uwzględnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. W tym zakresie nakazano Zamawiającemu:

- a) modyfikację pkt III.4.11 SIWZ w ten sposób, że w zakresie zadania nr 4 wprowadza się zapis: „Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo wstrzymać wykonanie naprawy i zawiadomić Zamawiającego w przypadku przewidywanego przekroczenia kosztów naprawy wynoszącego 900 zł” i dostosowanie postanowień projektu umowy;
- b) rozdzielenie zadania nr 1 w taki sposób, aby możliwe było złożenie oferty oddzielnie na wykonanie usługi tylko wobec automatów Cypres 2 oraz tylko wobec automatów Cypres 25;
- c) wykreślenie w pkt V SIWZ oraz innych powiązanych dokumentach, że miejscem wykonania zadań od 1 do 3 może być „siedziba/zakłady Wykonawcy lub siedziba przedstawiciela Wykonawcy”, w zadaniu 4 natomiast wykreślenie określenia, że miejscem wykonywania zadania może być „siedziba Wykonawcy”.

Kwestionowane postanowienia SIWZ i wzoru umowy stanowiąc mogły naruszenie wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Nie znajduje w ocenie Izby uzasadnienia ograniczenie możliwości wykonawcy wykonywania napraw tylko do jego siedziby. Za właściwsze należało także uznać kwotowe a nie procentowe określenie wartości naprawy, które rodzi obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego na kontynuowanie procesu naprawy. Taki zapis tworzy wykonawcy klarowną sytuację, że w momencie gdy wartość naprawy urządzenia przekroczy 900 zł, o dalszych czynnościach zdecydować Zamawiający. Za czyniącą zadość zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji uznano również decyzję Zamawiającego o wydzieleniu dodatkowych części w ramach zadania nr 1. Taka decyzja wpłynąć może pozytywnie na krąg wykonawców zainteresowanych tym postępowaniem tylko w niewielkiej części.

Dokonując uwzględnienia zarzutów w przedmiotowym zakresie Zamawiający uznał zasadność podnoszonych w odwołaniu kwestii związanych z zapisami SIWZ. Jednocześnie zauważyć należy, iż w momencie orzekania przez Izbę Zamawiający nie dokonał jeszcze zmian SIWZ ale jedynie zapowiedział ich wprowadzenie. Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał natomiast uwzględnione zarzuty. Nie można zatem uznać, że okoliczności powyższe przestały być między Stronami sporne. Odwołujący nie miał bowiem żadnej gwarancji, że Zamawiający uczyni zadość jego żądaniom, zgodnie z zapisami odpowiedzi na odwołanie. Izba wydając wyrok miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści SIWZ przed jej modyfikacją zapowiedzianą dopiero przez Zamawiającego, była zatem zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Sytuacja, kiedy uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania

przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się Zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których Zamawiający już dokonał jest niecelowe (za wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11). Z tych powodów Izba nakazała w sentencji wprowadzenie odpowiednich zmian w zapisach SIWZ i powiązanych dokumentach.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2.1. SIWZ wykonawcy w celu wykazania, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ obowiązani są do złożenia: AQAP 2120 lub Certyfikatu ISO 9001 i dokumentu potwierdzającego wdrożenie AQAP 2120 – dotyczy to zadania nr 4. Odwołujący uważa, że wymóg posiadania odpowiedniego systemu zarządzania jakością jest nadmierny. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Pomijając okoliczność wskazaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że zgodnie z decyzjami Ministra Obrony Narodowej gestorzy sprzętu określają wymagania dotyczące systemu zarządzania jakością dostawcy, a Zamawiający musi dostosować SIWZ i postanowienia umowy do tych wewnętrznych procedur, to żądanie posiadania przez wykonawcę wdrożonego określonego systemu zarządzania jakością nie sposób uznać za nadmierne i ograniczające uczciwą konkurencję oraz określające wymagania nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Niezrozumiała jest dla składu orzekającego Izby argumentacja Odwołującego, że system ten nadawany jest przez jednostki prywatne, nie zaś instytucje publiczne. W zdecydowanej większości przypadków certyfikacji w zakresie uzyskania potwierdzenia funkcjonowania u podmiotu określonego systemu zarządzania jakością dokonują jednostki prywatne i to one wydają odpowiednie certyfikaty potwierdzające wdrożenie w jednostce danego systemu. Prawo zamówień publicznych, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, dopuszcza możliwość żądania od wykonawcy zaświadczenia niezależnego podmiotu (bez względu czy podmiot ten działa jako instytucja publiczna, czy prywatna) zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli Zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. Z informacji powszechnie dostępnych wynika, że AQAP jest systemem zarządzania jakością określającym wymagania dla przedsiębiorstw dostarczających wyroby i usługi dla wojska. System AQAP stanowi nakładkę rozszerzającą i uzupełniającą normę ISO 9001:2000. Aby spełnić wymagania AQAP należy posiadać certyfikowany system ISO 9001:2000, bowiem wymagania te nie mogą samodzielnie funkcjonować i nie mogą stanowić niezależnego systemu. Celem spełnienia przez dostawcę wymagań standardu AQAP 2120 jest zapewnienie zamawiającego, że dostarczane przez dostawcę wyroby spełniają wszystkie wymagania zawarte w kontrakcie. Sformułowanie zatem w SIWZ wymogu jak

w przedmiotowym postępowaniu nie wykracza poza granice określone przepisami prawa, a Zamawiający jest uprawniony do określenia takich wymagań, jeżeli za tym przemawiają jego uzasadnione potrzeby. W ocenie Izby Zamawiający istnienie takich potrzeb wykazał.

W świetle powyższych okoliczności brak było także podstaw do uznania za zasadny zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp polegający według Odwołującego na braku określenia w SIWZ wymagań dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania 4 zamówienia, którego wartość stanowi ok. 90% wartości zamówienia. Zauważyć należy, że SIWZ zawiera wymogi dotyczące dokumentów niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w zadaniu 4 w takim zakresie, w jakim Zamawiający ustalił warunki udziału. Zgodnie z ustawą Pzp Zamawiający może żądać oświadczeń i dokumentów tylko w zakresie niezbędnym do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował, że kwestią nadrzędną jest posiadanie odpowiedniego potencjału osobowego i w tym zakresie opisał warunek, a także dokonał opisu sposobu oceny jego spełnienia przez żądanie określonych dokumentów. mając na uwadze powyższe, stwierdzić należało, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych przepisów ustawy Pzp.

Konsekwencją uwzględnienia części zarzutów było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: