

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie przy ul. Księcia Bolesława 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa s.f. Minister Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie przy ul. Królewskiej 1/7,**

przy udziale wykonawcy **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie przy ul. M. Skłodowskiej-Curie 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie przy ul. Księcia Bolesława 6 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie przy ul. Księcia Bolesława 6 tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa s.f. Minister Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie przy ul. Królewskiej 1/7, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 t.j.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu wysokościowo – ratowniczego.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 października 2015 r., w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, pod nr 2015/S193-349805, zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu, w trybie przetargu ograniczonego z dziedziny obronności na dostawę sprzętu wysokościowo - ratowniczego nr IU/134/IX-61/ZO/PO/DOS/SS/2015, składającego się z pięciu części. Zamawiający dopuścił składanie ofert na wykonanie jednej lub więcej części zamówienia.

23 marca 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie przy ul. Księcia Bolesława 6 (dalej: „Odwołujący” lub „ITWL”), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana - w zakresie zadania nr 4 - oferta wykonawcy Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie przy ul. M. Skłodowskiej-Curie 10 (dalej: „Przystępujący” lub „Megmar”).

1 kwietnia 2016 r. ITWL wniósł odwołanie, w zakresie zadania nr 4, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy Megmar do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie, że dostawy wykazane przez Megmar odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawie sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych, bądź ewentualnego wezwania do uzupełnień powyższych dokumentów;

2. art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez jego naruszenie, przejawiające się w nieuzasadnionym w świetle przepisów ustawy przeprowadzeniu procedury wyjaśnień i poprawieniu „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, które w istocie polegało na przeprowadzeniu niedopuszczalnych negocjacji z Megmar oraz skutkowało nieuprawnionym uzupełnieniem treści oferty o istotne elementy w niej niezawarte;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, w związku z art. 87 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Megmar, mimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji;
4. art. 7 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu uzyskania wyjaśnień w zakresie wykazania spełniania podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie, że dostawy wykazane przez Megmar odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawie sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych, co w rezultacie uniemożliwia kontrolę spełniania tego warunku przez Megmar;
5. art. 7 ust. 3 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
6. art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 4, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez ich niezastosowanie, przejawiające się w niewykluczeniu Megmar z postępowania, pomimo niespełniania przez wykonawcę warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, w związku z niewykazaniem, że dostawy zrealizowane przez Megmar odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawie sprzętu wysokościowo - ratowniczego;
7. art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 131m ust. 5 Pzp oraz art. 131r ust. 1 i 2 Pzp, przez ich niezastosowanie, przejawiające się w niewykluczeniu Megmar z postępowania, pomimo istnienia ku temu podstaw, gdyż w ofercie Megmar oświadczył, że nie będzie powierzał realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcom, gdy tymczasem z przedłożonych dokumentów wynika, że przedmiot zamówienia będzie w całości produkowany i dostarczany przez brytyjską firmę Survitec Group International Limited;

8. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w nie odrzuceniu oferty Megmar, pomimo, że wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
9. art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 30 ust. 5 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w nie odrzuceniu oferty Megmar, pomimo, że wykonawca nie wykazał równoważności oferowanego produktu z przedmiotem zamówienia, a zaoferowany przez wykonawcę produkt nie odpowiada treści siwz;
10. art. 87 ust. 1, w związku z art. 30 ust. 5 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy Megmar do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w zakresie wykazania spełniania podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie, że dostawy wykazane przez Megmar odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawie sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych oraz nie wykazania równoważności oferowanego produktu z przedmiotem zamówienia;
11. art. 91 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie, przejawiające się w niewybraniu najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 4:

1. unieważnienia decyzji z dnia 23 marca 2016 r. o wyborze jako najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy Megmar, a w konsekwencji odrzucenia oferty tej firmy;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania ITWL wyjaśniał, że:

- I. Zarzut naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz art. 131e ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp

Odwołujący podnosił, że jako jeden z warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe oferentów, które

zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia o postępowaniu, w części 4 postępowania należało udokumentować poprzez wykazanie należytego wykonania, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawy sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych, o wartości brutto 823 000 zł. W związku z niespełnianiem przez Megmar tego warunku, posiłkował się on wiedzą i doświadczeniem Pani E. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Megmar Logistics & Consulting E. M., (99-300 Kutno, ul. Marii Skłodowskiej - Curie 10), która działając w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, udostępniła Megmar wiedzę i doświadczenie zdobyte podczas zrealizowanej przez nią dostawy technicznych środków materiałowych do sprzętu wysokościowo - ratowniczego i spadochronowo - desantowego, opiewającej na kwotę 2 304122,10 zł brutto, zrealizowanej dla 3 Regionalnej Bazy Logistycznej, 30-901 Kraków, ul. Montelupich 3 (str. 15 oferty Megmar).

Podając powyższy stan faktyczny, Odwołujący podkreślał, że wykazanie się Megmar doświadczeniem w podanym wyżej zakresie nie może być utożsamiane z wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawy sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych, z następujących powodów:

1. Wskazana na udokumentowanie warunku doświadczenia dostawa dotyczy technicznych środków materiałowych do sprzętu wysokościowo - ratowniczego i spadochronowo - desantowego, a nie jak ustalił Zamawiający w podmiotowych warunkach udziału w postępowaniu - sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych. Obowiązująca w zamówieniach sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej legalna definicja technicznych środków materiałowych, zamieszczona została w Decyzji Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. MON z dnia 23 marca 2013 r. poz. 78) (dalej: „Decyzja”). W ust. 2 pkt 42 Decyzji techniczne środki materiałowe zostały zdefiniowane, jako części zamienne (zespoły, podzespoły, mechanizmy, urządzenia), zestawy eksploatacyjne i naprawcze oraz środki chemiczne, narzędzia i inne materiały eksploatacyjno-naprawcze, co w zakresie pojęciowym nie pokrywa się z zamieszczoną w ust. 2 pkt 40 Decyzji definicją sprzętu wojskowego, którym jest wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia, jako broń. amunicja lub materiały wojenne. Nie ulega przy

tym wątpliwości, że sprzęt wysokościowo - ratowniczy, będący przedmiotem zamówienia, jest sprzętem wojskowym w rozumieniu ww. definicji.

2. Zdaniem Odwołującego nawet, gdyby przyjąć sprzeczną z postanowieniami Decyzji tezę, że dostawa technicznych środków materiałowych do sprzętu wysokościowo - ratowniczego jest tożsama z dostawą sprzętu wysokościowo - ratowniczego, to wskazana na udokumentowanie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu dostawa obejmowała zarówno sprzęt wysokościowo - ratowniczy, jak i sprzęt spadochronowo - desantowy. Pomimo, że celem wykazania warunku doświadczenia wykonawcy było udokumentowanie należytego wykonania dostaw jedynie sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych, ani Megmar, ani Zamawiający w trybie przepisów art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 lub art. 13 le ust. 2 Pzp, nie dokonali rozróżnienia kwotowego udokumentowanej przez Megmar dostawy na sprzęt wysokościowo - ratowniczy i spadochronowo - desantowy. Tym samym, w opinii Odwołującego, nie można prawidłowo ocenić, czy Megmar wykazując się łącznie dostawą zarówno sprzętu wysokościowo - ratowniczego, jak i spadochronowo - desantowego, spełnił stawiany przez Zamawiającego warunek.

Podobne do wskazanych w pkt 2 zastrzeżeń, Odwołujący wnosił do wykazanej przez Megmar dostawy wyposażenia spadochronowego oraz sprzętu wysokościowo - ratowniczego dla Jednostki Wojskowej 1156 [61-325 Poznań, ul. Silniki 1], na kwotę 176 955,12 zł. Także w przypadku tej dostawy, ani Megmar, ani Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, lub art. 131e ust. 2 Pzp nie dokonali rozróżnienia kwotowego udokumentowanej przez Megmar dostawy na sprzęt wysokościowo - ratowniczy i wyposażenie spadochronowe, co czyni niemożliwą ocenę spełnienia przez Megmar warunku doświadczenia.

Także wskazana przez Megmar dostawa masek MBU-20/P oraz hełmów HGU-55/P dla Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej (01-755 Warszawa, ul. Krasińskiego 54/56), na kwotę 374 276,45 zł, budzi wątpliwości Odwołującego pod względem jej charakteru, oraz faktycznego przeznaczenia, który Zamawiający wyraźnie określił (do statków powietrznych). Także w tym przypadku Zamawiający zaniechał zażądania wyjaśnień od Megmar, co do przeznaczenia dostawy w trybie art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, lub art. 131e ust. 2 Pzp, czym obiektywnie uniemożliwił kontrolę spełnienia przez Megmar warunku udziału w postępowaniu.

Wobec obowiązku wynikającego z art. 7 ust. 1 ustawy, Zamawiający winien korzystając z przysługujących mu instrumentów dążyć samodzielnie do wyjaśnienia budzących wątpliwość

oświadczeń wykonawców, tak aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

II. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zawiązku z art. 87 ust. 1 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że na podstawie przywołanych przepisów w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zdaniem odwołującego Zamawiający dopuścił się - za pismem Megmar z dnia 29 lutego 2016 r. tj. złożonym już po upływie terminu na złożenie ofert, który upływał w dniu 23 lutego 2016 r. - niezgodnej z ustawą zmiany treści oferty, naruszając przy tym art. 87 ust. 1 ustawy. Odwołujący zwracał uwagę, że zmiana treści oferty dotyczyła jednego z kluczowych jej elementów tj. korzystania przez wykonawcę przy realizacji zamówienia z podwykonawców oraz wykazania równoważności oferowanych towarów. Po pierwsze. W formularzu ofertowym Megmar oświadczył, iż nie będzie korzystał z pomocy podwykonawcy, podczas gdy w przywołanym piśmie (prawdopodobnie wytworzonym w toku badania ofert i wyjaśniania ich treści) oświadczył, iż przedmiot zamówienia w postaci morskich ubiorów pilotów (IPG) będzie nabywał u zagranicznego poddostawcy. Po drugie. W ocenie Odwołującego zarzut ten dotyczy także niezgodnego z ustawą rozszerzenia treści oferty w postaci broszury informacyjnej o produkcie - morskim ubiorze członka załogi statku powietrznego / złożona przez Megmar także po upływie terminu na złożenie ofert, który upływał bowiem w dniu 23 lutego 2016r., która to broszura w istocie stanowi główną treść oferty, w tym wykazuje rzekomą równoważność oferowanego produktu przez Megmar. W ocenie Odwołującego powinno to skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący podkreślał, że w części 4 zamówienia dotyczyła dostawy morskich ubiorów pilota MUP-1 i MUP-1s lub równoważnych. Tym samym oferta wybrana jako najkorzystniejsza (tj. oferta Megmar) powinna zawierać dokładny opis oferowanych produktów, z którego wynikać będzie zachowanie równoważności do produktu opisanego w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” /vide: załącznik ID do siwz/. Zamawiający w rozdz. I p. 3. 3) siwz produkt równoważny bowiem zdefiniował jako cyt.: „...Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych, przez które należy rozumieć produkty o parametrach spełniających

wymagania Zamawiającego, co najmniej w tym samym zakresie, co produkt opisany w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”. W takim przypadku do oferty należy załączyć dokładny opis oferowanych produktów, z którego wynikać będzie zachowanie równoważności;”.

W ocenie Odwołującego opisany powyżej wymóg nie został spełniony, gdyż z opisu oferowanego produktu w ofercie Megmar nie wynika zachowanie równoważności. Zwiera on bowiem istotne braki i niejednoznaczności w deklaracji spełnienia wymagań zachowania równoważności. Potwierdza to również korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Megmar, po terminie otwarcia ofert odnośnie proponowanych ubiorów IPG Variant PL i IPG Variant PL F. Firma Megmar:

- przy piśmie z dnia 29.02.2016 r. dosłana broszura informacyjna dotycząca proponowanych ubiorów - pismo podpisane przez Kierownika Działu Lotnictwa i Łączności;
- w piśmie z dnia 8.03.2016 r. Megmar oświadcza, że w oferowanym ubiorze IPG Variant PL i IPG Variant PL F można umieścić pirotechniczny zestaw sygnalizacyjny oraz pozostałe wyposażenie wymienione w załączniku nr ID do siwz.

W ocenie Odwołującego analizując powyższy zarzuty należy podkreślić, iż braki i niezgodności w treści oferty Megmar są błędami istotnymi, które nie mogą być sanowane i jako takie skutkują koniecznością odrzucenia oferty. Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy w powyższym zakresie prowadziłyby do niezgodnych z przepisami ustawy Pzp negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą oraz prowadziłyby do zmiany oświadczenia Megmar, zawartego w jego ofercie w zakresie wskazanym powyżej tj. korzystania z podwykonawstwa oraz rzekomego wykazania równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego uwzględniając powyżej opisany stan faktyczno-prawny bezspornym jest więc, że treść oferty nie odpowiadała treści siwz, a „nieodpowiedniość” ta polegała na braku części oświadczeń, których wyraźnego wyrażenia w treści oferty Zamawiający wymagał, w tym wykazania równoważności. W odniesieniu do takich braków, przyjęty przez Zamawiającego tryb wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie powinien być w ogóle zastosowany. Zgodnie bowiem z utrwalonymi poglądami doktryny oraz jednolitym orzecznictwem zastosowanie instytucji wyjaśnienia treści oferty powinno służyć wyłącznie do ustalenia prawidłowej wykładni oświadczenia woli wykonawcy oraz potwierdzenia jego intencji w tym zakresie. Wyjaśnienia powinny ograniczać się jedynie do rozumienia treści zawartych w ofercie. Wyjaśnienia nie mogą w żadnym razie rozszerzać ani ograniczać treści oferty.

Podobnie nieprawidłowe jest posłużenie się przez Zamawiającego w celu uzupełnienia braków treści oferty instytucją przewidzianą w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Abstrahując od oceny w

tym kontekście stopnia „istotności” zmian w treści oferty, których w ramach „poprawy” dokonał Zamawiający należy zwrócić uwagę, iż samo zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przedmiotowym przypadku jest nieuprawnione.

W opinii Odwołującego, Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji naruszając przepisy art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Naruszenie Zamawiającego polegało na udzieleniu zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co w rezultacie doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

IV. Zarzut naruszenia przepisu art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp. w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. art. 131m ust. 5 Pzp oraz art. 131r ust. 1 i 2 Pzp

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Odwołującego okoliczność naruszenia przez Zamawiającego przywołanego przepisu pozostaje bezsporna, gdyż w ofercie złożonej w dniu 23 lutego 2016 r. firma Megmar jednoznacznie oświadczyła, iż realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia nie będą powierzać podwykonawcom /vide: pkt 10 formularza ofertowego/. Następnie zaś w dniu 29 lutego 2016 r. tj. już po upływie terminu na złożenie ofert, który upływał w dniu 23 lutego 2016 r. w piśmie do Pana T. B. firma Megmar oświadczyła, iż w trakcie realizacji korzystać będą z podwykonawstwa w postaci firmy brytyjskiej tj. Survitec Group International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, która to firma nie tylko powinna zostać wskazana przez Megmar jako podwykonawca w formularzu ofertowym, lecz winna być w istocie traktowana jako wykonawca przedmiotu zamówienia. Survitec group International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii sprzedawać będzie bowiem Megmar morskie ubiory pilotów (IPG) tj. prawie gotowy przedmiot niniejszego zamówienia, /vide: broszura informacyjna o produkcie - morskim ubiorze członka załogi statku powietrznego/ złożona przez Megmar także po upływie terminu na złożenie ofert, który upływał bowiem w dniu 23 lutego 2016 r. Zdaniem odwołującego zważyć jednocześnie trzeba, iż Zamawiający dopuścił - za pismem Megmar z dnia 29 lutego 2016 r. tj. złożonym już po upływie terminu na złożenie ofert, który upływał w dniu 23 lutego 2016 r. - niezgodną z ustawą zmianę treści oferty naruszając przy tym art. 87 ust. 1 ustawy. Winno to skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 lub odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odwołujący powoływał się na rozszerzoną w definicję podwykonawcy zastrzeżoną dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, która stanowi, iż ilekroć w przepisach niniejszego rozdziału jest mowa o umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć pisemną umowę o charakterze odpłatnym, zawieraną w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem /vide: art. 131m ust. 2 w powiązaniu z art. 2 pkt 9b ustawy/. Przywołana definicja odnosi się do umowy zawieranej w celu wykonania zamówienia, nie zaś jak w art. 2 pkt 9b ustawy do ograniczenia w zakresie jedynie do umów, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Na marginesie wskazać trzeba, iż umowa ewentualna pomiędzy Survitec group International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii a Megmar w przedmiocie sprzedaży morskich ubiorów pilotów spełnia przymiot umowy podwykonawstwa obu przywołanych przepisów.

Tym samym już z chwilą implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy obronnej (dyrektywa nr 2009/81/WE z 13 lipca 2009r. implementowana z dniem 19 lutego 2013 r.) w Prawie zamówień publicznych pojawiła się przywołana powyżej definicja umowy o podwykonawstwo rozumianej jako umowa zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Do 24 grudnia 2013 r. brak było jednak definicji umowy o podwykonawstwo w pozostałych typach zamówień, mimo że podzlecenie ich wykonywania jest powszechną praktyką na rynku. Z uwagi na istotność zjawiska podwykonawstwa, które w sposób pozytywny angażuje w proces wykonywania zamówień większą liczbę podmiotów, a dodatkowo najczęściej dotyczy przedsiębiorców lokalnych, podjęto próbę jego uregulowania, tak by zapewnić prawidłowość wykonywania umów w sprawie zamówień publicznych. Nowe regulacje dają Zamawiającym mechanizm weryfikacji prawidłowości angażowania podwykonawców, co jest szczególnie ważne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Uwzględniając powyższe, w szczególności biorąc pod uwagę charakter zamówienia i jego przedmiotu tj. dziedzina obronności i bezpieczeństwa, w których to zamówieniach kwestia bezpieczeństwa dostaw, zapewnienie bezpieczeństwa informacji niejawnych oraz wymogi dotyczące podwykonawców są wyższe niż w zamówieniach „cywilnych” nieprawdziwe informacje w zakresie nie powierzania przez Megmar podwykonawcom realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia mają charakter informacji wpływających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Powinno to skutkować wykluczeniem danego wykonawcy /vide: art. 131e ust. 1 pkt 1 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy lub odrzuceniem oferty

/vide: art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy/. Tym bardziej, iż na podstawie art. 131r ust. 1 i 2 ustawy można wywodzić, iż podwykonawca w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa winien spełniać warunki udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia.

V. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp

Opisany w części I odwołania, brak spełnienia przez Megmar warunku udziału w postępowaniu, poprzez nieudokumentowanie należytego wykonania, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawy sprzętu wysokościowo - ratowniczego do statków powietrznych, o wartości brutto 823 000 zł, powinien skutkować wykluczeniem Megmar z postępowania, na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a co za tym idzie, odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

VI. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2. w związku z art. 30 ust. 5 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że w toku postępowania, Megmar złożył ofertę na dostawę produktu równoważnego z morskim ubiorem pilota MUP-1 i MUP-1s, będącym przedmiotem zamówienia w części 4 postępowania. W opinii Odwołującego, Megmar nie spełnił także tego warunku, gdyż w złożonej ofercie nie udowodnił równoważności oferowanych produktów (ubiorów IPG Variant PL i IPG Variant PL F) z będącymi przedmiotem zamówienia w części 4 postępowania, strojami MUP-1 i MUP-1s.

W ocenie Odwołującego bezsporne jest, że w toku postępowania, Megmar nie wykazał, zgodnie z przyjętymi w orzecznictwie regułami dowodowymi, że oferowany przez niego produkt jest produktem równoważnym w stosunku do stanowiących przedmiot zamówienia ubiorów pilota MUP-1 i MUP-1s. Jedynym dokumentem prawidłowo złożonym przez Megmar mającym świadczyć o równoważności oferowanego produktu jest „Opis oferowanego produktu” dołączony do oferty Megmar, który stanowi wyłącznie oświadczenie wykonawcy i nie może być utożsamiany z przeprowadzeniem przez niego dowodu na równoważność oferowanego produktu. Przesłana przez Kierownika Działu Lotnictwa i Łączności Megmar do Zamawiającego w dniu 29 lutego 2016 r., a więc już po dniu otwarcia

ofert, broszura informacyjna oferowanego produktu (dalej „Broszura”), została podpisana przez osobę, której pełnomocnictwo do składania jakichkolwiek oświadczeń w imieniu Megmar wobec Zamawiającego nie wynika z aktualnego wpisu w Krajowym Rejestrze Sadowym, ani zostało ujawnione w aktach postępowania. Oświadczenie to nie zostało złożone przez pełnomocnika wykonawcy, więc przed jego przyjęciem do akt postępowania, Zamawiający powinien wezwać Megmar w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentu pełnomocnictwa. Temu obowiązki Zamawiający także zaniechał.

Broszura nie zawiera informacji, jakiego z oferowanych przez Megmar produktów dotyczy. Opisuje ona jedynie ubiory pilota IPG Wariant A i Wariant B, które nie stanowią produktów oferowanych Megmar w postępowaniu. Lakoniczne przyporządkowanie poszczególnych Wariantów określonych w Broszurze do wariantów zaoferowanych w ofercie nastąpiło w ww. piśmie z dnia 29 lutego 2016 r., które jak to zostało wykazane, nie stanowi elementu oferty wykonawcy.

Ponadto informacje zamieszczone Broszurze zawierają informacje nieodpowiadające specyfikacji, jak m.in.:

- zakres odporności na warunki atmosferyczne (pkt 6.1) Załącznika ID do SIWZ), który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był odporny na temperatury od -40°C do +50°C - Broszura nie określa tego parametru;
- możliwość przeżycia rozbitka w wodzie w temperaturze 0°C przez 4 godziny (pkt 6.2) Załącznika ID do SIWZ) - Broszura informuje jedynie o przetestowaniu kombinezonu w takiej temperaturze;
- masa własna ubioru z ukończeniem do max 2,6 kg (pkt 6.3) Załącznika ID do SIWZ) - Broszura nie podaje masy ubiorów pilota IPG w żadnym z wariantów;
- przeciek wody do wewnątrz ubioru nie większy niż 200 ml/h (pkt 6.4) Załącznika ID do SIWZ)
- Broszura podaje jedynie, że ubiór jest wodoodporny.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem oferowanego przez Megmar produktu za nieodpowiadający siwz jest brak deklaracji wykonawcy, że oferowany produkt będzie produktem nowym, który to wymóg znajduje się w pkt 1 i 2 Załącznika ID do siwz.

Podsumowując Odwołujący twierdził, że całość powyższych zarzutów przemawia za tym, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Wykonawcy Megmar, gdyż jej treść nie odpowiada specyfikacji. Powyższe błędy i uchybienia są istotne i nie da się ich naprawić w

ramach uzupełnień, wyjaśnień czy też poprawienia omyłek. W ocenie ITWL bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Megmar oświadczył w formularzu oferty, że zapoznał się z ogłoszeniem o zamówieniu oraz siwz i akceptuje wszystkie warunki w tych dokumentach zawarte oraz że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, zgodnie z postanowieniami siwz. Zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią specyfikacji, powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią siwz i związaniu jej postanowieniami. Gdyby zaakceptować stanowisko Zamawiającego, można byłoby poprawić praktycznie każdą niezgodność oferty wykonawcy z treścią siwz - jednak możliwość poprawienia omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty do wymogów specyfikacji. O możliwości poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy decyduje ich znaczenie dla zakresu i sposobu świadczenia określonego w ofercie wykonawcy: można poprawić takie omyłki, których poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (KIO 2753/12). Generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień siwz i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami siwz nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. (KIO/UZP 1045/10] Zaakceptowanie przez wykonawcę postanowień umowy nie jest wystarczające dla twierdzenia, iż przedmiot oferty (treść oferty) odpowiada treści siwz. w sytuacji gdy z treści oferty wynika wprost jej sprzeczność z postanowieniami siwz (KIO 1938/10). Tym samym bezspornym także pozostaje, iż generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień siwz i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami siwz nie może stanowić uznania i udowodnienia wykazania równoważności oferowanych produktów.

W dniu posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odwołania w całości. Również Odwołujący i Przystępujący złożyli pisma procesowe, w których zawarli prezentowane stanowiska.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe oraz stanowiska oraz oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania co zostało zreferowanej powyżej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w zakresie części numer 4 legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy. W rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania we wskazanej powyżej części, która w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Zatem Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzuty dotyczące niewykazania przez Megmar spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Na początku Izba odniosła się do grupy zarzutów, dotyczących niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanych w pkt III.2.3) ogłoszenia o postępowaniu. W omawianym zakresie Izba uznała zgłoszone zarzuty za spóźnione, a tym samym nie podlegające rozpoznaniu. Za powyższym przemawia następująca argumentacja.

Rozpoznawane postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, a zatem to właśnie w złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero pozytywna kwalifikacja wniosku pozwala

wykonawcy na przejście do następnego etapu jakim jest etap składania ofert. W omawianym postępowaniu etap badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został zakończony w dacie 13 listopada 2015 r. wraz z przesłaniem wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W toku rozprawy Odwołujący potwierdził otrzymanie przedmiotowego pisma w dacie 13 listopada 2015 r. Wobec tego stwierdzić należy, że termin na zaskarżenie tej czynności Zamawiającego upływał w dniu 23 listopada 2015 r. Tym samym podnoszenie tego rodzaju zarzutów na obecnym etapie postępowania, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej, Izba uznała za niedopuszczalne, a zatem zgłoszone zarzuty Izba pozostawiła bez rozpoznania.

II. Zgłoszenie nowych zarzutów w piśmie procesowym przez Odwołującego w toku rozprawy

Izba zwraca uwagę, że pismo procesowe z dnia 11 kwietnia 2016 r., które Odwołujący złożył w toku rozprawy zawiera nie tylko stanowisko Odwołującego w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu ale również grupę zupełnie nowych zarzutów, odnoszących się do treści oferty Przystępującego (Tabela 1 pkt. 1-3 i 5-7).

Izba wskazuje, że aby zarzuty mogły być skutecznie rozpoznane przez Izbę należy je zawrzeć już w treści odwołania, bowiem zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W omawianej kwestii Izba uznała za błędną argumentację przedstawioną przez Odwołującego w toku rozprawy, iż treść Tabeli nr 1, stanowi jedynie rozszerzenie argumentacji zawartej w treści odwołania, bowiem w pkt. 9 (str. 3 odwołania) oraz w pkt. VI (str. 16-18 odwołania) Odwołujący zawarł wskazanie podstawy prawnej oraz okoliczności faktyczne. Izba jednak zwraca uwagę, że treść pisma zawiera wskazanie nowych niezgodności treści oferty Przystępującego z siwz względem niezgodności opisanych w treści odwołania. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że brak w odwołaniu treści opisanych w Tabeli nr 1 ww. pisma przesądza o niemożności rozpoznania przez Izbę zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego dopiero w piśmie procesowym na etapie rozprawy.

III. Zarzuty dotyczące niewykazania w ofercie Przystępującego podwykonawcy

Osią sporu w rozpoznawanym stanie faktycznym jest rozstrzygnięcie kwestii, czy firmę Survitec Group International Limited – producenta oferowanych przez Przystępującego ubiorów pilota – należy uznać za podwykonawcę ? W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.,

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający wymagał treścią siwz, aby wykonawca wskazał w złożonej ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców.

W ramach prowadzonego postępowania Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia opisanego w art. 131m ust. 1 Pzp, polegającego na możliwości zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy o podwykonawstwo.

Nie było sporne między stronami, że Przystępujący w formularzu oferty złożył oświadczenie, iż realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie powierzał podwykonawcom.

Następnie Izba ustaliła, że w złożonej ofercie Przystępujący zaoferował ubiory pilota brytyjskiego producenta Survitec Group International Limited :

- 1) IPG Variant PL – jako produkt równoważny i spełniający wszystkie wymogi w stosunku do MUP-1;
- 2) IPG Variant PL F – jako produkt równoważny i spełniający wszystkie wymogi w stosunku do MUP-1s.

W pkt 10 formularza ofertowego w złożonej ofercie Przystępujący złożył oświadczenie, iż realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie powierzał podwykonawcom.

W toku rozprawy wykonawca Megmar oświadczył, że podtrzymuje nadal, iż realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie powierzał podwykonawcom. Ponadto twierdził, że nie wie z czego Odwołujący wywodzi, że będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji zamówienia, gdyż żaden dokument złożony przez Megmar w ramach prowadzonego postępowania nie zawiera informacji o zmianie opisanego powyżej stanowiska Megmar.

Po dokonaniu analizy tak zarysowanego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego należy uznać za niezasadne, natomiast argumentacja za błędną. Po pierwsze, stwierdzić należy, że Przystępujący w złożonej ofercie wprost

oświadczył, że przy realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie korzystał z udziału podwykonawców. Powyższe, konsekwentnie potwierdził również w toku rozprawy. Wobec tego stanowisko Przystępującego w omawianej kwestii jest jasne i niezmiennie.

Za chybioną należy uznać argumentację Odwołującego, który z okoliczności zaoferowania przez Przystępującego produktów brytyjskiego producenta Survitec Group International Limited wywodził, że w ramach niniejszego postępowania będzie on pełnił rolę podwykonawcy, a wręcz samego wykonawcy.

Na potrzeby rozpoznawanego zarzutu przede wszystkim wyjaśnienia wymaga kwestia w jakiej roli występuje firma Survitec Group International Limited w ramach prowadzonego postępowania. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, iż zarówno wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jaki również oferta została złożona przez wykonawcę Megmar. Natomiast firma Survitec Group International Limited jest jedynie producentem od którego, w przypadku uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, Przystępujący nabędzie określone produkty, w tym przypadku ubiory pilota typu: IPG Variant PL oraz IPG Variant PL F. W ocenie Izby nie sposób uznać, że skoro firma Survitec Group International Limited jest producentem zaoferowanych ubiorów pilota to jednocześnie występuje również w roli podwykonawcy, bowiem cały ciężar realizacji dostawy, w tym dostawa sprzętu, odbiór jakościowy, jak również wszelkie obciążenia gwarancyjne i serwisowe spoczywają na tylko i wyłącznie na barkach wykonawcy Megmar, który przecież oświadczył, iż nie będzie powierzał realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcom.

W kontekście powyższego nie może się ostać również zarzut naruszenia art. 24 ust. pkt 3 Pzp, bowiem informacji o tym, że wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie korzystał z udziału podwykonawców również nie można uznać za nieprawdziwą.

Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 131m ust. 5 Pzp oraz art. 131r ust. 1 i 2 Pzp.

IV. Zarzut dotyczący niezgodności oferty Megmar z treścią siwz w związku z niewykazaniem przez Przystępującego równoważności.

W rozpoznawanej sprawie istotą sporu jest rozstrzygnięcie kwestii, czy treść oferty Megmar spełnia wymagania Zamawiającego, opisane w specyfikacji w zakresie równoważności? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w specyfikacji w załączniku nr 1 D do siwz – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - opisał swoje wymagania względem części IV przedmiotu zamówienia.

Natomiast w Rozdziale I pkt 3 ppkt 3 siwz Zamawiający sprecyzował, że „jeżeli w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia użyto do opisanego przedmiotu zamówienia oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta, konkretny produkt lub wskazano znaki towarowe, patenty lub pochodzenie urzędzeń, Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych, przez które należy rozumieć produkty o parametrach spełniających wymagania Zamawiającego, co najmniej w tym samym zakresie, co produkt opisany w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”. W takim wypadku do oferty należy załączyć dokładny opis oferowanych produktów, z którego będzie wynikać zachowanie równoważności”.

Izba ustaliła również, że wraz z ofertą Megmar złożył dokument zatytułowany „Opis oferowanego produktu”. W treści opisu zawarto oznaczenie typów oferowanych produktów (IPG Variant PL, IPG Variant PL F), ich opis z uwzględnieniem wymagań opisanych przez Zamawiającego w załączniku nr 1D do siwz, a także wskazanie, że stanowią one produkty równoważne w stosunku do morskiego ubioru pilota MUP-1 i MUP-1s.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba wskazuje, że Zamawiający w siwz, poza odwołaniem się do treści załącznika nr 1D do siwz, nie sprecyzował określonego przedziału kryteriów równoważności w stosunku do morskich ubiorów pilota.

Natomiast w zakresie potwierdzenia przez wykonawców równoważności oferowanych produktów Zamawiający wymagał jedynie załączenia do składanej oferty dokładnego opisu oferowanych produktów, z którego będzie wynikać zachowanie równoważności, nie precyzując przy tym stopnia szczegółowości wymaganego opisu. Wyznacznikiem spełnienia wymagań Zamawiającego w zakresie równoważności było zaoferowanie produktów o parametrach co

najmniej w tym samym zakresie, co produkty opisane w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Wobec tak opisanych wymagań Zamawiającego w siwz w ocenie Izby nie sposób uznać, że wykonawca Megmar, który wraz z ofertą złożył opis oferowanego produktu w wymaganym przez Zamawiającego kształcie, nie potwierdził w sposób wystarczający równoważności oferowanych produktów, tj. morskich ubiorów pilota IPG Variant PL i pilota IPG Variant PL F.

V. Kolejno Izba rozpoznała zarzuty związane z naruszeniem przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 marca 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii umieszczenia w ubiorze pirotechnicznego zestawu sygnalizacyjnego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 8 marca 2016 r. oświadczył, że „ W oferowanym ubiorze IPG Variant PL oraz IPG Variant PL F można umieścić pirotechniczny zestaw sygnalizacyjny oraz pozostałe wyposażenie wymienione w załączniku nr 1D do siwz.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji, dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba zwraca uwagę, że treść przewołanego powyżej przepisu w toku badania i oceny ofert w sytuacji, gdy występują wątpliwości w stosunku do treści oferty wykonawcy daje Zamawiającemu możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty. Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w omawianym przypadku. Zamawiający w toku badania oferty Megmar powziął wątpliwość co do jej treści w kwestii umieszczenia w ubiorze pirotechnicznego zestawu sygnalizacyjnego. Wobec tego skorzystał przysługującego mu uprawnienia i wystosował do Przystępującego pismo z prośbą o udzielenie wyjaśnień, które zostały złożone przez Megmar w piśmie z dnia 8 marca 2016 r.

Izba nie zgadza się z stanowiskiem Odwołującego, opierającym się na tym, że Zamawiający, po pierwsze - nie był uprawniony do zastosowania procedury opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp, a po drugie, że w toku prowadzonego postępowania doszło do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Megmar, których skutkiem była zmiana treści oferty Przystępującego.

W omawianym stanie faktycznym, w ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek powodów, skutkujących niemożnością skorzystania przez Zamawiającego z procedury opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp. Wręcz przeciwnie. Za wzorcowe należy uznać postępowanie Zamawiającego, który dokonując badania i oceny oferty dąży do wszechstronnego wyjaśnienia wszelkie wątpliwości i niejasności oferty, korzystając z instrumentu opisanego w art. 87 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się, na gruncie rozpoznawanej sprawy, wystąpienia pomiędzy Zamawiającym a Megmar jakichkolwiek negocjacji, mających na celu zmianę treści oferty złożonej przez Przystępującego. Izba stoi na stanowisku, że treść pisma należy traktować jedynie jako wyjaśnienie złożonej oferty, w którym wykonawca jedynie potwierdził, że zaoferowany przez niego produkt spełnia wymagania Zamawiającego określone w siwz, a tym samym jest produktem równoważnym do tego opisanego przez Zamawiającego. Wobec tego również nie może być mowy o niezgodności oferty Przystępującego z siwz, która mogłaby być usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak twierdził Odwołujący. W tym miejscu podkreślić należy, że Zamawiający wskazywał, że w toku prowadzonego postępowania w odniesieniu do oferty Megmar nie korzystał z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nie poprawiał, żadnej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z siwz. Tym samym argumentację Odwołującego w omawianym zakresie należy uznać za chybioną.

Izba odniosła się również do twierdzeń Odwołującego w kwestii konieczności udowodnienia równoważności oferowanych produktów przez Megmar, poprzez złożenie wraz z ofertą odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego.

W omawianej kwestii Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w specyfikacji na potwierdzenie równoważności oferowanych urządzeń żądał przedłożenia jedynie opisu oferowanych produktów. Wobec tego wykonawcy składający ofertę w ramach tego postępowania, poza żądanym opisem, nie byli zobligowani do przedkładania jakichkolwiek innych dokumentów, mających potwierdzać równoważności oferowanych urządzeń.

W tym miejscu podkreślić należy, że broszura informacyjna, oferowanego przez Megmar produktu, przesłana została w dniu 29 lutego 2016 r. z własnej inicjatywy Przystępującego i nie była brana pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert, co znajduje potwierdzenie w protokole posiedzenia komisji przetargowej z dnia 29 lutego 2016 r.

W związku z powyższym zarzuty Odwołującego w omawianym zakresie należy uznać za niezasadne.

Konkludując, Izba po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy opisanych w treści odwołania. W związku z powyższym odwołanie podlegało w całości oddaleniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 § 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).

.....