

Sygn. akt: KIO 959/11

**WYROK**  
**z dnia 20 maja 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2011 r. przez wykonawcę **KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny oferty po uprzednim przeprowadzeniu prezentacji przedmiotu zamówienia.**
2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku** na rzecz **KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy 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 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na *Dostawę statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń*.

W dniu 5 maja 2011 r. wykonawca KABE Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nieprawidłowo wykonał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010 roku (KIO/UZP 1939/10) oraz wyrok Sądu Okręgowego z dnia 24 listopada 2010 roku (II Ca 803/10), ograniczając ponowne badanie i ocenę ofert wyłącznie do stwierdzenia faktu nieprzeprowadzenia pokazu statku powietrznego w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i wyłącznie na tej podstawie odrzucając ofertę. Ponadto, zdaniem Odwołującego, ponowne czynności w postępowaniu przeprowadzone zostały przez komisję, której skład nie gwarantował obiektywizmu i bezstronności.

W ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty jako niespełniającej warunków SIWZ, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, było bezpodstawne i nastąpiło w wyniku zaniechania należytego wyjaśnienia treści oferty Odwołującego oraz uniemożliwienia mu zapoznania się z pełną dokumentacją postępowania.

Odwołujący wskazał, że 2 lipca 2010 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez UAVS Poland Sp. z o.o. Wykonawca KABE Sp. z o.o. złożył wówczas odwołanie, które zostało uwzględnione wyrokiem z dnia 27 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1455/10). Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy UAVS Poland Sp. z o.o. oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty. Zamawiający dokonał tych czynności i w ich wyniku odrzucił oferty obu wykonawców oraz unieważnił postępowanie, przesyłając stosowne zawiadomienie w dniu 31 sierpnia 2010 roku. Odwołujący ponownie zaskarżył wyżej wymienioną czynność Zamawiającego, a Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 23 września 2010 r. uwzględniła wniesione odwołanie, nakazując unieważnienie czynności podjętych sprzecznie z ustawą oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty oraz wybór oferty. Na wyrok Zamawiający złożył skargę do Sądu

Okręgowego w Białymstoku, która to skarga została prawomocnie oddalona w dniu 24 listopada 2010 r.

Odwołujący podniósł, że w wyroku KIO oraz w wyroku Sądu Okręgowego podkreślono, iż niedopuszczalne jest dokonanie oceny oferty wyłącznie w oparciu o wynik prezentacji i w oderwaniu od treści złożonej oferty oraz treści złożonych w toku postępowania wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający, jak wynika z przesłanego pisma z 26 kwietnia 2011 r., dokonał oceny oferty i jej odrzucenia, jako podstawę wskazując wyłącznie nieprzeprowadzenie pokazu w terminie wskazanym przez Zamawiającego, co naruszało zasady oceny i badania ofert określone w ustawie Pzp oraz w SIWZ. Ponadto, przesłane Wykonawcy pismo o odrzuceniu oferty oraz protokół z pokazu z dnia 31 marca 2011 r. został sporządzony według innego wzoru niż podany wykonawcy pismem z 21 stycznia 2011 r. Oznacza to, iż przesłany protokół nie zawiera oceny parametrów statku dokonanej w zastępstwie na podstawie treści oferty oraz wszelkich innych informacji dostępnych Zamawiającemu, w tym na podstawie nagrania wideo z pokazu w dniu 14 maja 2011 r., mimo iż powinien był takie informacje zawierać.

Odwołujący podniósł, że powiadomił Zamawiającego o obiektywnej niemożliwości stawienia się w wyznaczonym dniu pokazu i wnioskuje o jego przełożenie na dowolny dzień po 3 maja 2011 r. Stosowne pisma zostały przesłane Zamawiającemu 25 marca 2011 r. oraz 14 kwietnia 2011 r. Co więcej, w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego na pokaz na Wykonawcę oczekiwała Komisja przetargowa w składzie osobowym, którego wykluczenie postulował wykonawca pismami z 7 października 2010 r., 30 grudnia 2010 r., 31 stycznia 2011 r., 7 marca 2011 r. oraz 15 marca 2011 r., na które Zamawiający nie udzielił odpowiedzi, mimo obietnicy złożonej stycznia 2011 r. i faktu, iż wymienieni w pismach członkowie Komisji dokonali poświadczenia nieprawdy w protokole z pokazu z dnia 14 maja 2010 r., sporządzonym w sierpniu 2010 r.

Odwołujący podniósł również, iż mimo wyraźnej sugestii Sądu Okręgowego w Białymstoku, że Zamawiający musi dać wykonawcy odpowiedni czas na import bezzałogowego statku powietrznego, tj. minimum 6 tygodni (czas ten został określony przez Wykonawcę w trakcie rozprawy oraz wielokrotnie wcześniej w różnych oświadczeniach) Zamawiający dwukrotnie wyznaczył termin pokazu w okresie 4 tygodni (pismo 21 stycznia 2011 r.) i 5 tygodni od powiadomienia o ostatecznym terminie (pismo 22 lutego 2011 r.). Oba terminy nie były możliwe do spełnienia ze względu na konieczne formalności, a czynności Zamawiającego prowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Ponadto, w okresie wyznaczonym przez Zamawiającego na pierwotny termin pokazu temperatury powietrza panujące w miejscu pokazu wykluczały jego przeprowadzenie.

Odwołujący wskazał, że ze względu na krótki termin na przeprowadzenia pokazu zamierzał sprowadzić maszynę, jak poprzednio, na tzw. „karnecie ITAR” pozwalającym na czasowy wwóz do Polski i taka procedura została wszczęta. Jednocześnie po otrzymaniu informacji o zmianie terminu pokazu Wykonawca, mając więcej czasu, zdecydował się na import permanentny, który wymaga stałej licencji eksportowej. Oba rodzaje zezwoleń mają inny charakter i się wzajemnie wykluczają, stąd nie była możliwa kontynuacja uprzednio wszczętej procedury. Z kolei uzyskane warunki wwozu czasowego uniemożliwiłyby pozostanie maszyny aż do nowego terminu pokazu, stąd skorzystanie z pierwszej opcji, aby dotrzymać terminów wyznaczonych przez Zamawiającego nie było możliwe. Zdaniem Odwołującego, dołożył on najwyższej staranności, aby wypracować optymalne i skuteczne rozwiązanie w celu dostarczenia maszyny na czas.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty wbrew własnemu, ważnemu rozstrzygnięciu w zakresie oceny oferty spółki KABE. Ponieważ Zamawiający pismem z 12 stycznia 2011 r. unieważnił swoje czynności związane z powtórna oceną oferty, w mocy pozostała ocena z dnia 1 lipca 2010 r., w której uznano, iż BSP spółki KABE spełnia warunki SIWZ i przyznano mu 65,90 punktów wedle kryteriów oceny ofert. Co więcej Zamawiający zignorował fakt, iż ocena pokazu przeprowadzonego 14 maja 2010 r. nie była jednoznacznie negatywna i mogła co najwyżej wskazywać, iż w dniu pokazu statek ten nie był w pełni gotowy do prezentacji. Winę za nieprawidłowości w zakresie prezentacji obciążają przy tym w całości Zamawiającego, co jednak nie uprawniało go do oceny oferty, bez uwzględnienia zarówno oświadczenia o spełnianiu warunków SIWZ, jak też wszelkich innych wyjaśnień złożonych w toku postępowania. Ponieważ statek powietrzny oferowany jest gotowy do badania i oceny oraz był gotowy do tejże oceny i badania w dniu, w którym wpłynęło zawiadomienie o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania, należy wskazać, iż Zamawiający zaniechał czynności nakazanych przez prawo i dokonał rozstrzygnięć bez należytej staranności w zakresie oceny ofert i z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że zgodził się na przeprowadzenie kolejnego pokazu, mimo znacznych kosztów z tym związanych, chciał jednak, aby Zamawiający określił w sposób przejrzysty jakiego rodzaju parametry będą badane w jego trakcie, aby powołana został nowa Komisja w składzie zapewniającym bezstronność i obiektywizm, jak również, aby dano Wykonawcy odpowiedni czas na jego przygotowanie. Zamawiający nie spełnił żadnego z tych warunków, mimo iż żądania te były zbieżne z ustaleniami poczynionymi przez Sąd Okręgowy w Białymstoku.

Ponadto Odwołujący wnioskował o udostępnienie mu nagrania z pokazu z 14 maja 2010 r., gdyż chciał skonfrontować zapamiętany przez siebie przebieg z materiałem video, dokumentującym jego przebieg oraz wyciągnąć odpowiednie wnioski, także w zakresie

obiektywizmu i bezstronności poszczególnych członków Komisji biorących udział w pokazie. Zamawiający w sposób wyraźny odmówił udostępnienia nagrania, stwierdzając w piśmie z 22 lutego 2011 r., iż *Ta czynność Zamawiającego została oceniona jako wadliwie przeprowadzona i niepoprawnie udokumentowana, czego następstwem były niekorzystne dla Zamawiającego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w Białymstoku i w związku z powyższym zapis z pokazu przeprowadzonego w roku 2010 nie będzie udostępniany*. Odmowa udostępnienia nagrania stanowi – zdaniem Odwołującego – naruszenie przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i może świadczyć o niezgodności między tym nagraniem a sporządzonym przez Zamawiającego w sierpniu 2010 r. protokołem z przeprowadzonej prezentacji.

Odwołujący wskazał, iż po otrzymaniu informacji pismem 12 stycznia 2011 r. o dokonaniu przez Zamawiającego czynności nakazanych wyrokami KIO i Sądu Okręgowego w Białymstoku oraz informacji o terminie ponownego pokazu pismem 21 stycznia 2010 r., złożył zamówienie u producenta na dostarczenie helikoptera zgodnego z wymaganiami SIWZ. Od tego momentu producent rozpoczął formalności zmierzające do uzyskania zezwoleń niezbędnych do eksportu maszyny z terytorium USA do Polski, która to procedura w normalnych warunkach procedura taka trwa do 6 tygodni. Odwołujący podkreślił, że nie mógł spodziewać się, iż procedura postępowania w zakresie wydawania licencji eksportowych się przedłuży, a przyczyną tego były prawdopodobnie wydarzenia na Bliskim Wschodzie, które spowodowały, iż zaostrzono procedury sprawdzania i prześwietlania odbiorców produktów z list zastrzeżonych. Zdaniem Odwołującego należy traktować to jako siłę wyższą, którą Zamawiający w piśmie z 21 stycznia 2011 r. uznał za przesłankę uzasadniającą zmianę terminu prezentacji. Zamawiający został zawiadomiony o tym fakcie w piśmie z 25 marca 2011 r., a następnie w piśmie z 14 kwietnia 2011 r. Odwołujący poinformował, że jest gotowy do przeprowadzenia prezentacji i prosi o potwierdzenie jej terminu. Dodatkowo Odwołujący dwukrotnie zaproponował Zamawiającemu, iż przeprowadzi pokaz wedle ściśle określonego scenariusza samodzielnie na miejscu w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i dostarczy zamawiającemu stosowne nagranie, co oznacza, że dążył do sprostania wymaganiom Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający zaniechał rzetelnej oceny i badania oferty wykonawcy, mimo posiadania możliwości ku temu.

Zdaniem Odwołującego, jego oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego, o czym świadczą zarówno oświadczenia wykonawcy i producenta maszyny, jak i jego specyfikacja techniczna. Zamawiający nie udowodnił, iż oferta nie spełnia wymagań SIWZ, tym bardziej, że już raz ocenił ofertę spółki KABE jako spełniającą SIWZ i w obu postępowaniach przed KIO, jak i w postępowaniu przed Sądem Okręgowym

w Białymstoku nie potrafił logicznie wytłumaczyć odmiennej oceny dokonanej w ramach powtórnego jej badania i oceny.

Zdaniem Odwołującego, nagranie z 14 maja 2010 r. stanowi jedyny dowód przeprowadzenia procedury wyjaśniania treści oferty, a zatem Zamawiający, nie posiadając materiału z drugiego pokazu, na który wykonawca się nie stawił (z przyczyn obiektywnie usprawiedliwionych), powinien dokonać ponownej oceny na podstawie nagrania, sporządzić stosowny protokół oraz umożliwić Wykonawcy zapoznanie się tak z protokołem, jak i nagraniem oraz na wniesienie zastrzeżeń. Nagrania nie można wykluczyć z materiału dowodowego, gdyż samo w sobie nie jest ono wadliwe i odzwierciedla to co na nim zostało zapisane w ramach prowadzonych czynności. Dopiero ocena tego nagrania może być prawidłowa lub wadliwa. Odwołujący podkreślił, że pierwotny pokaz nie został unieważniony, a organy odwoławcze nie nakazały Zamawiającemu przeprowadzenia powtórnego pokazu. Sposób oceny spełniania warunków SIWZ pozostawał zatem w gestii Zamawiającego, z tym, iż winien odpowiadać zasadom oceny ofert, określonym w prawie zamówień publicznych, w szczególności w art. 7 ustawy. Zamawiający mógł wyznaczyć wykonawcy dodatkowy termin pokazu, czego jednak zaniechał.

W konsekwencji nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, odrzucenia złożonej przez niego oferty, nie wystąpiła żadna z przesłanek unieważnienia określona w art. 93 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia kwestionowanych czynności oraz nakazanie przeprowadzenia pokazu statku powietrznego jako elementu badania oferty w dowolnym wybranym dniu roboczym i dokonania w efekcie powtórnego obiektywnej oceny ofert z udziałem bezstronnej i obiektywnej komisji przetargowej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Zamawiający w pkt 4 SIWZ określił wymagania dotyczące prezentacji bezpilotowego statku powietrznego: *Na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia wymagane jest zaprezentowanie statku powietrznego bezpilotowego z zestawem transmisji obrazu zasięgu strefy zagrożeń. (...) Zamawiający mając na względzie weryfikację prawdziwości treści ofert, na dostawę będącą przedmiotem zamówienia wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji statku powietrznego (rozumianej jako składanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty). (...) Celem prezentacji będzie w szczególności zbadanie zgodności złożonej oferty z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia*

wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prezentacja odbędzie się niezwłocznie po otwarciu ofert – miejsce prezentacji Jednostka Ratowniczo - Gaśnicza 2 Komendy Miejskiej PSP w Białymstoku ul. Gen. Andersa 46. Podczas prezentacji prowadzonej przez wykonawcę zamawiający będzie badał parametry statku powietrznego. Prezentacja będzie rejestrowana kamerą video, wyniki zostaną zaprotokołowane.

W dniu 14 maja 2010 r. na terenie Jednostki Ratowniczo – Gaśniczej nr 2 w Białymstoku odbyły się prezentacje bezpilotowego statku powietrznego oferowanego przez wykonawców UAVS Poland Spółka z o.o. oraz przez KABE Spółka z o.o. Śmigłowiec oferowany przez Odwołującego został tymczasowo udostępniony przez producenta w celu przeprowadzenia prezentacji i sprowadzony do Polski na podstawie czasowego zezwolenia. Przebieg i wyniki pokazu zostały udokumentowane protokołem sporządzonym 30 sierpnia 2010 r.

W dniu 2 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez UAVS Poland Spółka z o.o. Oferta Odwołującego nie została odrzucona.

Wykonawca KABE Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia UAVS Poland Spółka z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo jej niezgodności z ustawą i z treścią SIWZ. Odwołanie to zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z 27 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1455/10), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, nakazując unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej UAVS Poland Sp. z o.o. oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty. Wykonując powyższy wyrok, Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2011 r. wyznaczył termin drugiej prezentacji na 7 września 2010 r. Następnie, bez przeprowadzenia tej prezentacji, Zamawiający w dniu 31 sierpnia zawiadomił wykonawców o dokonaniu ponownej oceny ofert, w wyniku której odrzucił, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożone przez UAVS Poland Spółka z o.o. oraz KABE Spółka z o.o. i unieważnił postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wg pisma Zamawiającego, podstawą faktyczną odrzucenia oferty KABE Sp. z o.o. była niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca na niespełnieniu wymagań technicznych w zakresie wyposażenia transmisyjnego i sterowania. Ponadto Zamawiający wskazał w powyższym piśmie, iż *Oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż podczas prezentacji (rozumianej jako wyjaśnienie do treści SIWZ) nie był możliwy prawidłowy przesył i zapis obrazu z kamery zainstalowanej na latającym statku powietrznym. Nie było również możliwe sterowanie statkiem powietrznym poprzez zadanie parametrów lotu po określonych punktach. Należy stwierdzić, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.*

Spółka KABE wniosła w dniu 8 września 2010 r. odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty, które to odwołanie zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z 23 września 2010 r. (sygn. akt: KIO 1939/10). Uwzględniając odwołanie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższy wyrok został utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt: II Ca 803/10), wydanym na skutek złożenia przez Zamawiającego skargi na wyrok KIO.

Pismem z 14 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o przystąpieniu do wykonania wyroku KIO, określając maksymalny termin na przeprowadzenie pokazu do 31 marca 2011 r. Następnie, pismem z 12 stycznia 2011 r. Zamawiający przekazał informację o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania, unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzeniu czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei w dniu 21 stycznia 2011 r. Zamawiający poinformował, że wyznacza następujące terminy na przeprowadzenie prezentacji śmigłowca: 21, 23 lub 28 lutego 2011 r. – wg wyboru wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że *zmiana terminu dopuszczalna w przypadku wystąpienia siły wyższej, w tym zwłaszcza warunków pogodowych uniemożliwiających przeprowadzenie prezentacji*. Po otrzymaniu powyższej informacji Odwołujący w dniu 23 stycznia 2011 r. skontaktował się drogą elektroniczną z producentem śmigłowca, w celu potwierdzenia parametrów technicznych sprzętu, a po potwierdzeniu tych parametrów, 30 stycznia 2011r. złożył zamówienie na zakup śmigłowca (co potwierdzają zeznania świadka – członka zarządu Odwołującego). W pierwszej połowie lutego producent wykonał śmigłowiec i wszczął procedurę niezbędną do uzyskania zezwolenia Departamentu Stanu USA na czasowy wywóz sprzętu.

Zamawiający, pismem z 22 lutego 2011 r. określił ostateczny termin na dokonania prezentacji na okres 28-31 marca 2011 r. Po otrzymaniu tej informacji Odwołujący zdecydował o zmianie rodzaju zezwolenia na wywóz śmigłowca, z okresowego na zezwolenie eksportowe (stałe), przekazując niezbędną dokumentację („Oświadczenie ostatecznego odbiorcy) producentowi sprzętu w dniu 3 marca 2011 r., a w dniu 15 marca 2011 r. poinformował Zamawiającego o zamiarze przeprowadzenia prezentacji 31 marca 2011 r.

W dniu 25 marca 2011 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że z przyczyn obiektywnych nie będzie w stanie przeprowadzić prezentacji w dniu 31 marca 2011 r. Odwołujący załączył oświadczenie producenta statku (firmy Autocopter), że nie zdołała do tej pory uzyskać zezwolenia Departamentu Stanu USA na permanentny eksport maszyny do

Polski. Odwołujący poinformował, iż jest to spowodowane zaostreniem polityki eksportowej Stanów Zjednoczonych w stosunku do dóbr zastrzeżonych w związku z niepokojami na Bliskim Wschodzie i Afryce Północnej, co – zdaniem Odwołującego – jest okolicznością uzasadniającą zmianę terminu prezentacji (siła wyższa). Odwołujący wniósł o przesunięcie terminu pokazu do 31 maja 2011 r. z zastrzeżeniem, że dołoży najwyższych starań, aby prezentacja odbyła się jeszcze w kwietniu.

W dniu 13 kwietnia 2011 r. Zamawiający przekazał protokół z pokazu z 31 marca 2011 r., w którym komisja stwierdziła, że wykonawca nie stawił się i nie przeprowadził prezentacji, wobec czego komisja wnioskuje o odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W odpowiedzi na przekazany protokół, Odwołujący w dniu 14 kwietnia 2011 r. zgłosił zastrzeżenia do protokołu, wnosząc o jego unieważnienie. Wskazał m.in., że komisja przetargowa niesłusznie oczekiwała na przedstawiciela wykonawcy w dniu 31 marca 2011 r., gdyż została zawiadomiona, iż ze względu na brak zezwolenia Departamentu Stanów Zjednoczonych oferowany produkt nie może być dostarczony na miejsce pokazu w uzgodnionej dacie.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i unieważnieniu postępowania.

Śmigłowiec oferowany przez Odwołującego został przywieziony do Polski 29 kwietnia 2011 r. i odebrany przez Odwołującego 4 maja 2011 r.

W odniesieniu do wniosków Odwołującego dotyczących składu komisji przetargowej w maju 2010 r. Izba ustaliła, że Odwołujący wnioskował o powołanie nowej komisji w innym składzie (zarzucając brak obiektywizmu i bezstronności członków komisji) pismami z 7 października 2010 r., 30 grudnia 2010 r. oraz 31 stycznia 2011 r. Ponadto Odwołujący wnioskował o udostępnienie mu wideo z przeprowadzonej w maju 2010 r. prezentacji. Zamawiający w piśmie z 22 lutego 2011 r. poinformował Odwołującego, że: *Nie jest kompetencją Wykonawcy kwestia składu Komisji Przetargowej, chyba że zachodzą uzasadnione powody lub okoliczności, które skutkować musiałyby wyłączeniem konkretnej osoby ze składu Komisji.* Ponadto Zamawiający oświadczył, że dokumentacja z pokazu sprzętu nie zostanie udostępniona, ponieważ czynność ta została oceniana przez organy odwoławcze jako wadliwa i niepoprawnie udokumentowana.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia (jest wykonawcą, który po odrzuceniu oferty UAVS Poland Sp. z o.o. jako jedyny ubiega się

o udzielenie zamówienia), a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Za podstawę taką nie można uznać wyłącznie niestawienia się wykonawcy w umówionym terminie w celu przeprowadzenia prezentacji sprzętu – niestawiennictwo to należy bowiem uznać za usprawiedliwione okolicznościami, nie zaś zawinione przez wykonawcę, a Odwołujący z wyprzedzeniem poinformował o swoim niestawiennictwie.

Zdaniem Izby Odwołujący dołożył starań, aby przeprowadzić prezentację w umówionym terminie. Bezpośrednio po otrzymaniu informacji, że Zamawiający zamierza powtórzyć prezentację śmigłowca, Odwołujący podjął czynności związane z zamówieniem sprzętu u producenta, od którego otrzymał informacje o wszczęciu i prowadzeniu procedur w celu uzyskania stosownego zezwolenia. Następnie, niezwłocznie po uzyskaniu informacji o tym, że zezwolenie eksportowe nie zostanie wydane w czasie umożliwiającym sprowadzenie sprzętu na prezentację w dniu 31 marca 2011 r., Odwołujący poinformował Zamawiającego o tym fakcie, wnioskując o zmianę terminu pokazu.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Odwołującego nieuzasadnionej zwłoki, której skutkiem byłaby niemożliwość terminowego sprowadzenia sprzętu do Polski. Procedura ta, z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a niedających się wcześniej przewidzieć, uległa wydłużeniu, a wykonawca nie miał wpływu na jej przebieg. W tych okolicznościach – w ocenie Izby – Zamawiający miał podstawy uznać, że zaistniała sytuacja ma znamiona siły wyższej, którą sam Zamawiający uznał w piśmie skierowanym do Odwołującego za przesłankę uzasadniającą zmianę terminu pokazu.

Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że oferowany sprzęt jest sprowadzany od producenta ze Stanów Zjednoczonych, a jego eksport wymaga uzyskania stosownego zezwolenia, powinien również uwzględnić okoliczności, które ujawniły się w toku procedur eksportowych, a które nie były przez wykonawcę zawinione. Tymczasem Zamawiający, czując się uprawniony do decydowania o terminach poszczególnych czynności w postępowaniu, zdecydował się na unieważnienie postępowania ze względu na niedotrzymanie jednego z tych terminów przez wykonawcę, bez racjonalnej oceny okoliczności, które naruszenie tego terminu spowodowały.

Izba nie kwestionuje, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i że uprawniony jest do określania terminów poszczególnych czynności w postępowaniu, a wyrażenie zgody na zmianę tych terminów zależy od jego uznania, wskazać jednak należy, że decyzja ta powinna być podjęta z zachowaniem dbałości

o osiągnięcie celu postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że oferowany przez Odwołującego śmigłowiec został przez niego zakupiony i sprowadzony na terytorium Polski w dniu 29 kwietnia 2011 r., a wykonawca do chwili obecnej pozostaje w gotowości do przeprowadzenia prezentacji, zatem w przypadku innej decyzji Zamawiającego można zakładać, że do chwili obecnej prezentacja zostałaby już ponownie przeprowadzona i zakończona powtórnią oceną ofertą i ewentualnie (w przypadku oceny pozytywnej) udzieleniem zamówienia.

Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wykazał jednoznacznie, dlaczego uznał za bardziej uzasadnione odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania od wyznaczenia nowego terminu prezentacji, podając jedynie ogólnikowe argumenty o konieczności szybkiego zakończenia postępowania ze względu na jego współfinansowanie ze środków Unii Europejskiej oraz wskazując, że niewykluczone jest odstępnie od wszczęcia nowego postępowania na dostawę śmigłowca. Nie wskazał na konkretne niekorzystne następstwa przesunięcia prezentacji sprzętu na termin późniejszy.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że niezgodność oferty Odwołującego ze specyfikacją nie została stwierdzona, a nieprzeprowadzenie prezentacji śmigłowca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie mogło stanowić podstawy faktycznej odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy niezachowanie terminu przez Odwołującego było spowodowane okolicznościami obiektywnymi, a prezentacja – bez szkody dla Zamawiającego – mogła odbyć się w późniejszym terminie.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że wykonawca powinien złożyć odwołania bezpośrednio po wyznaczeniu terminu prezentacji. Należy bowiem zauważyć, że wówczas Odwołujący nie zakładał przedłużenia się procedur eksportowych, nie miał również wiedzy, że Zamawiający – mogąc wyrazić zgodę na zmianę terminu – odmówi tej zgody i odrzuci jego ofertę.

W odniesieniu do odmowy udostępnienia nagrania z pokazu przeprowadzonego w maju 2010 r. należy stwierdzić, że odmowa ta nastąpiła w dniu 22 lutego 2011 r., zatem obecnie zarzut ten jest spóźniony. Stanowisko Izby wobec tego zarzutu nie może więc mieć wpływu na treść orzeczenia, a jedynie na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający miał obowiązek udostępnić pełną dokumentację z postępowania, w tym nagranie z pokazu, które stanowi jej część, bez względu na fakt, że prezentacja ta została uznana za nieprawidłową. Nie jest kompetencją Zamawiającego oceniać przydatność tej dokumentacji dla wykonawcy, wykonawca bowiem ma gwarantowane przepisami prawo wglądu w tę dokumentację.

Izba nie uznała za udowodniony zarzut dotyczący braku bezstronności i obiektywizmu członków komisji przetargowej. Odwołujący nie wykazał żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających wyłączenie członków komisji w świetle art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można również stwierdzić, że okolicznością obligującą do zmiany składu komisji jest fakt nieprawidłowego dokonania pierwszej oceny ofert. Popęlnienie błędu przez osoby wykonujące czynności w imieniu zamawiającego nie może stanowić dowodu braku ich obiektywizmu, uzasadniającego wyłączenie tych osób od udziału w postępowaniu.

Wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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).

**Przewodniczący:** .....