

WYROK
z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 kwietnia 2020 r. przez Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Thales AVS France S.A.S. z siedzibą w Merignac, Ruag Defence France z siedzibą w Terssac w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cubic Defense Applications Inc. z siedzibą w San Diego, Unitronex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- B. wykonawcy Saab AB z siedzibą w Linköping zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 7.
2. Umarza postępowanie w zakresie pozostałych zarzutów.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego 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 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Dostawa taktycznych systemów symulacji pola walki”, numer: IU/130/X-36/ZO/POOiB/DOS/Z/2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 163-401573. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Thales AVS France S.A.S. z siedzibą w Merignac, Ruag Defence France z siedzibą w Terssac (Dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 131j ust. 1 w zw. art. 51 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, przez zaproszenie do złożenia oferty w części 1 postępowania wykonawcy Saab AB z siedzibą w Linköping (dalej: Przystępujący SAAB), który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, mimo wystąpienia przesłanki określonej w ustawie;
2. art. 131j ust. 1 w zw. art. 51 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, przez zaproszenie do złożenia oferty w części 1 i 2 postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cubic Defense Applications Inc. z siedzibą w San Diego, Unitronex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący Cubic), którzy nie wykazali braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wskazanych wykonawców z postępowania, mimo wystąpienia przesłanki określonej w ustawie oraz zaniechanie ujawnienia dokumentów, które nie zostały zastrzeżone przez Przystępującego Cubic jako tajemnica przedsiębiorstwa;
3. art. 131j ust. 1 w zw. art. 51 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, przez zaproszenie do złożenia oferty w części 2 postępowania Przystępującego Cubic, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu odnośnie legitymowania się określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu

zdolnościami technicznymi oraz zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wskazanego Wykonawcy z postępowania, mimo wystąpienia przesłanki określonej w ustawie;

4. art. 131j ust. 1 w zw. art. 51 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, przez zaproszenie do złożenia oferty w części 1 postępowania Przystępującego SAAB, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie legitymowania się określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu zdolnościami technicznymi oraz zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, mimo wystąpienia przesłanki określonej w ustawie;
5. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wykazów dostaw i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wykonawców Cubic i SAAB, oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SAAB w dniu 10 lutego 2020 r., co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację prawidłowości działań Zamawiającego;
6. art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu jego realizacji z pominięciem okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w sposób rażący narusza zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji;
7. art. 29 ust. 2 w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części 1 w sposób preferujący rozwiązanie oferowane przez Przystępującego SAAB, co w sposób rażący narusza zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji;
8. art. 131ia pkt 6 w zw. z art. 9a ust. 1 Pzp, przez wyznaczenie terminu składania ofert w postępowaniu bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty ze względu na specyfikę zamówienia, co uniemożliwia ubieganie się o zamówienie publiczne wszystkim wykonawcom z zachowaniem uczciwej konkurencji na równych zasadach;
9. art. 131l ust. 1 pkt 1 w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, przez określenie przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy w postaci obowiązku udziału wykonawcy w testach wybranych wymagań WZTT w miejscu i czasie wyznaczonym przez Zamawiającego bez określenia minimalnego terminu, umożliwiającego Wykonawcy przygotowanie się do testów i realizację powyższego obowiązku, co w sposób rażący narusza zasadę przejrzystości i równego traktowania w prowadzonym postępowaniu;
10. art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc, 471 Kc, 472 Kc, 473 § 1 Kc, w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez zawarcie w postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 4a i 4b do SIWZ, postanowień naruszających

przepisy ustawy (kodeks cywilny i ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych), a także zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje handlowe, a ponadto zasady uczciwej konkurencji, zasadę równości świadczeń i równorzędności stron umowy i uniemożliwiających oszacowanie ceny oferty, a w konsekwencji mogących prowadzić do nieporównywalności ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz czynności zaproszenia do złożenia ofert,
2. dokonania ponownej oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym wykluczenia z postępowania w zakresie części 1 i 2 Przystępującego Cubic oraz zakresie części 1 Przystępującego SAAB;

ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Przystępującego SAAB do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

3. udostępnienia dokumentacji w zakresie określonym w zarzucie, jako informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
4. przekazania przez Zamawiającego ponownej informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaproszenia do złożenia ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu, w tym zaproszenie do złożenia oferty Odwołującego;
5. ustalenia terminu realizacji zamówienia w ten sposób, że:

1) pkt 4.1.1 tiret 1 i 2 SIWZ w zakresie części 1 otrzymuje następujące brzmienie:

Termin wykonania i dostaw poszczególnych etapów KSSPW:

- I Etap - do 18 miesięcy od terminu zawarcia umowy;
- II Etap - do 21 miesięcy od terminu zawarcia umowy;

2) 4.2.1 tiret 1 i 2 SIWZ w zakresie części 2 otrzymuje brzmienie: STWPW:

- STWPW w lokalizacji 17. BZ Międzyrzecz - do 15 miesięcy od terminu zawarcia umowy
- STWPW w lokalizacji 12. BZ Szczecin- do 18 miesięcy od terminu zawarcia umowy oraz nakazania Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian w tym zakresie w całej dokumentacji przetargowej, w miejscu, gdzie mowa jest o terminie realizacji zamówienia.

6. dokonania modyfikacji treści 7.2.5, 7.2.6 i 7.9.6 WZTT na KSSPW, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ w ten sposób, że:
 - 1) pkt 7.2.5 WZTT na KSSPW otrzymuje brzmienie: 7.2.5. Komunikacja pomiędzy KSSPW i JCATS powinna być oparta o SISO-REF-010-2015.
 - 2) pkt 7.2.6 WZTT na KSSPW tiret 1 otrzymuje brzmienie: KSSPW: 2000 uczestników (obiektów);
 - 3) akapit 2 pkt 7.2.6 WZTT na KSSPW otrzymuje brzmienie: Po integracji systemów symulacji maksymalna liczba wozów bojowych/wozów zabezpieczenia technicznego i wsparcia KSSPW, w jednym miejscu i czasie będzie odpowiednio nie mniejsza niż: 100 szt. wozów bojowych/167 szt. wozów zabezpieczenia technicznego i wsparcia;
 - 4) usuwa się akapit 3 w pkt 7.2.6 WZTT na KSSPW;
 - 5) akapit 3 pkt 7.9.1 WZTT na KSSPW otrzymuje brzmienie: Ponadto transmitters wykorzystywane w KSSPW powinny zapewniać kompatybilność między sobą oraz LSS, a także innymi systemami użytkowymi w państwach NATO, zgodnie z wymogami zawartymi w: SISO-STD-016-2016, SISO-GUIDE-003-00-2016 oraz SISO-REF-059-00-2015.
7. dokonania modyfikacji formularza oferty stanowiącego załącznik nr 5a do SIWZ w zakresie żądań zawartych w punkcie 5) powyżej, w tym w tabeli zawartej w punkcie 14 formularza oferty:
 - 1) w wierszu 4 kolumny: Deklaracja, nadania brzmienia: KSSPW: 2000 uczestników (obiektów),
 - 2) w wierszu 5 kolumny: Wymaganie WZTT na KSSPW, nadania brzmienia: Transmitters wykorzystywane w KSSPW powinny zapewniać kompatybilność między sobą oraz LSS, a także innymi systemami użytkowymi w państwach NATO, zgodnie z wymogami zawartymi w: SISO-STD-016-2016, SISO-GUIDE-003-00-2016 oraz SISO-REF-059-00-2015.
8. ustalenia terminu składania i otwarcia ofert na dzień 31 lipca 2020 r. i dokonania zmiany SIWZ w tym zakresie;
9. dokonania modyfikacji pkt 12. 5 SIWZ w ten sposób, że przedmiotowe postanowienie otrzymuje brzmienie: Wykonawca zobowiązany jest do udziału w testach w miejscu i terminie określonym przez Zamawiającego, z tym, że termin ten nie może być krótszy niż 30 dni kalendarzowych od dnia przesłania przez Zamawiającego powiadomienia o planowanych testach, i w konsekwencji dokonania modyfikacji treści załącznika nr 9 do SIWZ, w ten sposób, że:
 - 1) pkt 5.2.1 załącznika nr 9 do SIWZ otrzymuje brzmienie: Miejsce testów: Centrum

Szkolenia Wojsk Lądowych Drawsko.

Uwaga: Zamawiający poinformuje Wykonawcę o planowanej dacie testów z wyprzedzeniem co najmniej 30 dni kalendarzowych;

2) pkt 5.2.2. załącznika nr 9 do SIWZ: Czas przeprowadzania testów wg. poniższego układu, otrzymuje brzmienie:

1) Od 30 do 2 dni kalendarzowych przed testem:

od 09.00 do 18.00 strzelanie testowe (dostosowanie konfiguracji, w tym justowanie, ustawienie wykrywania ognia i wstrząsów) bez nadzoru grupy testowej (GT) dla broni wybranej do testowania z zastrzeżeniem:

- elementów wyposażenia wymienionych w sekcji 6.3.2. 3), 4) oraz 5);
- amunicji ćwiczebnej do ww. broni:
 - 1) 5,56 NB ŚLEPY - 100 szt.,
 - 7,62 NB KB ŚL - 1000 szt.

2) w przeddzień testu:

a) czas przewidziany dla Wykonawcy na:

- przystrzelenie (sprawdzenie celności) pod nadzorem Grupy Testującej (GT) broni wytypowanej do testów oraz zweryfikowanie jej pod względem prawidłowości działania,
- zainstalowanie urządzeń PT na wytypowanym uzbrojeniu i figurach bojowych oraz jego sprawdzenie,
- przygotowanie się do przeprowadzenia testów, w tym sprawdzenie ustawienia celów (figur bojowych) na przedpolu zgodnie ze schematem pola tarczowego (rys. 1, 2 i 3),
- przeprowadzenie szkolenia, o którym mowa w pkt 8.1.5,

3) w dniu testu:

od 09.00 przeprowadzenie testów zgodnie z zakresem określonym w pkt. 12 niniejszego PTe.

10. dokonania modyfikacji postanowień umowy dla obu części postępowania, stanowiącej załącznik nr 4a i 4b do SIWZ, przez:

1) usunięcie z Projektu Umowy § 15 ust. 1 i 2 zapisów przewidujących odpowiedzialność Wykonawcy ponoszoną „na zasadzie ryzyka” za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy i zastąpienie ich zwrotem „na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym”, a ponadto modyfikację § 15 ust. 3 Projektu Umowy przez dodanie przed użytym w tym postanowieniu słowem „gdy” zwrotu „w szczególności”. Odwołujący wnosi również o wykreślenie z Projektu Umowy podpunktów 1 - 4 w § 15 ust. 1 i usunięcie z niego słów

„wynikające w szczególności”. Odwołujący wnosi również o zastąpienie słów „opóźnienie” w § 15 ust. 2 (w każdej formie tam użytej) słowem „zwłoka” (w odpowiedniej formie);

- 2) alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia zmiany § 15 ust. 1 Projektu Umowy w sposób wskazany w podpunkcie 1) powyżej, Odwołujący wnosi o dodanie do Projektu Umowy postanowień, zgodnie z którymi Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (odpowiedzialność za szkody spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność), a nie ponosi jej na zasadzie ryzyka, przez nadanie § 15 ust. 1 Projektu Umowy następującego brzmienia: „Wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy oraz za szkodę wyrządzoną w inny sposób na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, z uwzględnieniem szczegółowych unormowań zawartych w Umowie. Wykonawca w szczególności nie ponosi odpowiedzialności za wszelkie opóźnienia związane z nieterminowym uzyskaniem pozwoleń lub decyzji od organów władzy państwowej i samorządowej, a także za opóźnienia związane z działaniem siły wyższej”;
- 3) dodanie do Projektu Umowy postanowień jednoznacznie wyłączających odpowiedzialność Wykonawcy za szkody w postaci utraconych korzyści i szkód pośrednich, oraz ustanawiających limit odpowiedzialności Wykonawcy na poziomie odpowiadającym wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy przewidzianego w Umowie, przez dodanie do Projektu Umowy § 15 ust. 6 o następującym brzmieniu: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za szkody w postaci utraconych korzyści i za szkody pośrednie. Wykonawca ponosi odpowiedzialność tylko za szkody rzeczywiste poniesione przez Zamawiającego. Całkowita odpowiedzialność kontraktowa Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy ograniczona jest do wysokości 100% Wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy”;
- 4) obniżenie limitu kar umownych przewidzianych w Umowie do 30% Wynagrodzenia Wykonawcy i objęcie tym limitem wszystkich rodzajów kar umownych, przez usunięcie z Projektu Umowy § 16 ust. 10 w obecnym brzmieniu i zastąpienie go § 16 ust. 10 o następującej treści „Łączna wartość kar umownych przewidzianych w Umowie, nie może przekraczać 30% wartości brutto Wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 2 ust. 1”, oraz usunięcie z Projektu

- Umowy § 16 ust. 11 w obecnym brzmieniu i zastąpienie go § 16 ust. 11 o następującej treści: „W celu uniknięcia wątpliwości, Zamawiającemu nie przysługują kary umowne, o których mowa w niniejszej Umowie, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy przez Wykonawcę jest następstwem okoliczności za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności”;
- 5) wyłączenie możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych w wypadkach, dla których zostały one zastrzeżone, przez usunięcie ze wzoru umowy SIWZ w § 16 ust. 7 w obecnym brzmieniu i zastąpienie go § 16 ust. 7 o następującej treści: „Zamawiający nie jest uprawniony do dochodzenia odszkodowań przekraczających wysokość zastrzeżonych w Umowie kar umownych”;
 - 6) wykluczenie możliwości dokonywania przez Zamawiającego jakichkolwiek potrąceń z kwot stanowiących Wynagrodzenie Wykonawcy, przez usunięcie z Projektu Umowy § 16 ust. 6 w obecnym brzmieniu i zastąpienie go § 16 ust. 6 o następującej treści: „Zamawiający nie jest uprawniony do potrącania jakichkolwiek wierzytelności, w tym wierzytelności z tytułu kar umownych objętych niniejszą Umową z Wynagrodzeniem Wykonawcy. Strony wyłączają w tym zakresie zastosowanie art. 498 i 499 Kodeksu cywilnego”;
 - 7) obniżenie wysokości kar umownych z tytułu uchybienia terminów do poziomu 0,1% Wynagrodzenia Wykonawcy we wszystkich przypadkach, przez usunięcie z Projektu Umowy § 16 ust. 2 pkt 2 w obecnym brzmieniu i zastąpienie go § 16 ust. 2 pkt 2 o następującej treści: „w okresie po 20 dniu nieterminowego wykonania Umowy spowodowanego zwłoką - w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 2 ust. 2 za nienależycie wykonaną część Umowy”;
 - 8) dodanie do Projektu Umowy postanowień zwalniających Wykonawcę z odpowiedzialności za szkody pośrednie i inne formy odpowiedzialności wobec osób trzecich z tytułu wykonywania Umowy, przez dodanie do Projektu Umowy § 16 ust. 12 o treści: „Zamawiający zwolni Wykonawcę z wszelkiej odpowiedzialności wobec osób trzecich i za wszelkie szkody pośrednie powstałe w związku z wykonywaniem Umowy, w tym wobec innych stron procesu będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego doszło do zawarcia Umowy”;
 - 9) modyfikację postanowień Umowy w zakresie praw autorskich, przez wyłączenie możliwości udzielania dalszych licencji na przedmioty wchodzące w skład zamówienia, przez usunięcie z § 20 i § 10 Projektu Umowy zapisów

wskazujących na prawo do udzielenia dalszych licencji (sublicencji) i zastąpienie ich zwrotami: „bez prawa do udzielania dalszych licencji (sublicencji)” (w § 10 ust. 7 i 12, § 20 ust. 1 Projektu Umowy ujętego w Załączniku nr 4b do SIWZ i w § 10 ust. 8 i 13, § 20 ust. 1 Projektu Umowy ujętego w Załączniku nr 4a do SIWZ).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający w sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 131e ust. 1 oraz ust. 1b pkt 1 lit. a) i lit. b) oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, będzie żądał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający w sekcji III.2.1) pkt 4 ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa w pkt. 3: 1) ppkt 1 – złoży informacje z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp - wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w sekcji III.2.1) pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 4, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14, na str. 37 - 39 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący

SAAB złożył oświadczenie podpisane przez A.T. oraz C.L., w którym zawarte zostało oświadczenie, że nie ma możliwości uzyskania ze szwedzkich organów dokumentów odpowiadających wymaganiom zamawiającego określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, że dana osoba nie została skazana. Ponadto, obie wskazane powyżej osoby złożyły oświadczenie, że według ich najlepszej wiedzy i przekonania ani spółka SAAB, ani żaden z jej członków zarządu czy osób uprawnionych do reprezentacji spółki nie zostały skazane za przestępstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp. Wobec powyższego Zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2020 r. (znak: IU/STLąd634/20) działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał w punkcie II pisma wykonawcę SAAB do złożenia wyjaśnień, czy w Szwecji wydawane są dokumenty, o których mowa w sekcji III.2.1) pkt 4 ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał również, że według jego wiedzy w Szwecji istnieje rejestr karny i wydawane są wyciągi z rejestru karnego, a organem wydającym przedmiotowe wyciągi jest Zarząd Główny Policji w Szwecji. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący SAAB przedłożył pismo z dnia 10 lutego 2020 r., w którym - w kopii otrzymanej od Zamawiającego - dowód nr 1 - treść odpowiedzi w zakresie, o który pytał Zamawiający, nie została udostępniona. Odwołujący otrzymał wyłącznie odpis pełnomocnictwa wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący SAAB nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, gdyż nie przedstawił dokumentów wystawionych przez właściwy organ, tj. Zarząd Główny Policji w Szwecji. Nawet gdyby przyjąć, że Zarząd Główny Policji w Szwecji nie jest właściwy do wydawania zaświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, forma złożenia oświadczenia przez dwie osoby zamiast każdej z osobna do tego zobowiązanych nie spełnia ani wymogów sekcji III.2.1) pkt 5 ogłoszenia zamówienia, ani też regulacji zawartej w § 7 ust. 3 Rozporządzeniu o Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1126 ze zm). Tym samym Przystępujący SAAB mimo wiedzy posiadanej odnośnie wymaganych dokumentów względem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, nie złożył ich w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego Przystępujący SAAB winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zarzut nr 2

Zamawiający w sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1) ogłoszenia o umówieniu wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie

zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 131e ust. 1 oraz ust. 1b pkt 1 lit. a) i lit. b) oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, będzie żądał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6-miesiący przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający w sekcji III.2.1) pkt 4 ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa w pkt. 3: 1) ppkt 1) złoży informacje z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp - wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14, na str. 283-295 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący Cubic złożył dla członków zarządu Unitronex Polska Sp. z o. o. dokumenty wydane przez Federalne Biuro Śledcze, których treść nie potwierdzała braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Wobec powyższego Zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 r. (znak: IU/STLąd2423/20) działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego Cubic do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi Przystępujący Cubic przedłożył pismo z dnia 13 marca 2020 r., w którym - w kopii otrzymanej od Zamawiającego - dowód nr 3 - treść odpowiedzi nie została Odwołującemu udostępniona. Odwołujący otrzymał wyłącznie kopię pisma z przekazanymi załącznikami w postaci zaświadczeń dotyczących niekaralności wystawionych przez organy lokalne i stanowe, jednak bez dołączenia plików zawierających przedmiotowe informacje. Tym samym działanie Zamawiającego polegające na nieujawnieniu dokumentów lub wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Cubic należało uznać za rażące naruszenie zasady jawności, o której mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, szczególnie, że dokumenty te nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący Cubic nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp członków zarządu Unitronex Polska Sp. z o. o., gdyż nie przedstawił dokumentów o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie osób, o którym mowa powyżej.

Zarzut nr 3

Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu wykazania

spełnienia przez wykonawcę warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, tj. posiadania zdolności technicznej dla każdej z części odrębnie, Zamawiający będzie wymagał, aby wykonawca wykonał należycie dwie dostawy symulatora taktycznego współczesnego pola walki, który poprzez wykorzystanie techniki komputerowej (symulacji wirtualnej) jako narzędzie szkoleniowe (gra taktyczna) przeznaczony był do organizacji i realizacji szkoleń i planowania działań taktycznych na współczesnym polu walki. Symulator powinien wspomagać przeprowadzenie szkolenia taktycznego z wykorzystaniem nie mniej niż 100 wirtualnych obiektów rozumianych jako sprzęt wojskowy i/lub żołnierze na co najmniej 10 zintegrowanych stanowiskach komputerowych, a wartość każdej dostawy nie była mniejsza niż pięć milionów ZŁ. Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia powyższych warunków wykonawca zobowiązany będzie złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz (odrębnie dla każdej części zamówienia) wykonanych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający wykonanie co najmniej dwóch dostaw odpowiednio dla każdej części zamówienia opisanej w pkt 1 (powyżej) z podaniem przedmiotu dostawy, daty wykonania, podmiotu na rzecz którego wykonano dostawę i wartość dostawy oraz załączyć dowody potwierdzające, że dostawa została wykonana należycie. Zamawiający wskazał także, że dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 4 - 7 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 1, może polegać na zdolnościach technicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów będzie musiał udowodnić, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający zażąda dokumentów, które określają w szczególności:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

2. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

3. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Zamawiający zażąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1-2, a Zamawiający oceni, czy udostępnione wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1 oraz zbada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia wskazane przez zamawiającego w sekcji III.2.1).

Przystępujący Cubic na str. 3 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w punkcie 7 wykreślił informację, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22a Pzp będzie polegać na zasobach innych podmiotów. Tym samym Przystępujący Cubic potwierdził, że warunek udziału w postępowaniu spełnia samodzielnie, bez korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w tym zakresie. Wobec tego, że wykaz dostaw w zakresie części 2 został zastrzeżony przez Przystępującego Cubic jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie wskazanych w przedmiotowym dokumencie informacji. Mając na uwadze treść wezwania z 12 marca 2020 r. (znak: IU/STLąd2543/20) skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego Cubic, w tym w szczególności pkt 1 przedmiotowego pisma, gdzie Zamawiający wprost zażądał na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp informacji odnośnie podstawy do posłużenia się przez Przystępującego Cubic zdolnością techniczną podmiotu Cubic Defence UK Limited celu posiadania wymaganej w ogłoszeniu zdolności technicznej, nie sposób było uznać, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnośnie części 2.

Zarzut nr 4

Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, tj. posiadania zdolności technicznej dla każdej z części odrębnie, Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał należycie dwie dostawy laserowych symulatorów strzelań wspomagających przeprowadzenie ćwiczeń taktycznych pododdziałów. Dostarczone urządzenia powinny (jako wymaganie obligatoryjne) być instalowane w/na sprzęcie wojskowym (pojazdy kołowe i gąsienicowe) oraz żołnierzach (hełm, kamizelki, uzbrojenie Indywidualne i zespołowe), umożliwiać ich wykorzystanie w rzeczywistych warunkach terenowych i atmosferycznych. Urządzenia powinny wspomagać przeprowadzenie ćwiczenia taktycznego z nie mniej niż 150 obiektami rozumianymi jako sprzęt wojskowy i żołnierze, a wartość każdej dostawy nie była mniejsza niż dwadzieścia milionów złotych. Zamawiający

w sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków wykonawca zobowiązany będzie złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz (odrębnie dla każdej części zamówienia) wykonanych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający, wykonanie co najmniej dwóch dostaw odpowiednio dla każdej części zamówienia opisanej w pkt 1 (powyżej) z podaniem przedmiotu dostawy, daty wykonania, podmiotu na rzecz którego wykonano dostawę i wartość dostawy oraz załączyć dowody potwierdzające, że dostawa została wykonana należyście. Zamawiający wskazał także, że dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie będzie w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 4 - 7 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w pkt 1, może polegać na zdolnościach technicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów będzie musiał udowodnić, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
2. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
3. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Zamawiający zażąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1-2, a Zamawiający oceni, czy udostępnione wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1 oraz zbada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia wskazane przez zamawiającego w sekcji III.2.1).

Przystępujący SAAB na str. 2 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykreślił informację, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22a Pzp będzie polegać na zasobach innych podmiotów. Tym samym Wykonawca SAAB potwierdził, że warunek udziału w postępowaniu spełnia samodzielnie, bez korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w tym zakresie. Wobec tego, że zarówno wykaz dostaw w zakresie części 1, jak i odpowiedź z dnia 10 lutego 2020 r. zostały zastrzeżone przez Przystępującego SAAB jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie miał wiedzy odnośnie wskazanych w przedmiotowym dokumencie informacji. Mając na uwadze treść wezwania z dnia 22 stycznia 2020 r. (znak: IU/STLąd634/20) skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego SAAB, w tym w szczególności pkt 1 przedmiotowego pisma, gdzie Zamawiający wprost wskazał na posłużenie się potencjałem SAAB Training and Simulation w celu wykazania się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu co najmniej 3 dostawami wraz z referencjami, nie sposób było uznać, że wykonawca SAAB wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnośnie części 1. Tym samym Przystępujący SAAB we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zadeklarował samodzielne wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, po czym nie dość, że skorzystał z innego potencjału technicznego, do czego sam się przyznał, to jeszcze nie dopełnił żadnych formalności z tym związanych. Uwzględniając zatem fakt, że Przystępujący SAAB nie wykazał samodzielnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej, a jak wynikało z treści wyjaśnień, będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego, Przystępujący SAAB winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zarzut nr 5

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 8 ust. 1 jest jawne, a nie ujawnia się informacji stanowiących wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2020 r. o przesłanie kompletnej dokumentacji prowadzonego postępowania, w tym o udostępnienie wszystkich wniosków złożonych w postępowaniu w zakresie obu części wraz z korespondencją prowadzoną w ramach prowadzonego postępowania. W tym samym dniu Zamawiający przesłał do Odwołującego dokumenty, które w nazwie folderów miały określenie „jawne”. Przystępujący SAAB zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw, podsumowanie swojego doświadczenia oraz odpowiedź na pismo z 10 lutego br. Przystępujący Cubic zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykazy wykonanych dostaw dla obu części wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw

oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego także korespondencję prowadzonego postępowania, w zakresie, w którym wykonawcy nie zastrzegali składanych informacji czy dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Mimo powołania się przez Zamawiającego w treści wezwania na wystawców referencji, tj. Służbę Rządowego Zapewnienia Jakości czy też NDMA/Wojska Lądowe SZ Norwegii, czyli kwestii objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający nie odtajnił żadnych informacji zawartych w dokumentach złożonych przez Przystępującego SAAB. Gdyby Zamawiający przyjął stanowisko Przystępującego SAAB odnośnie prawidłowości dokonanego zastrzeżenia, przygotowałby wezwanie do złożenia wyjaśnień w sposób całkowicie uniemożliwiający identyfikację informacji zastrzeżonych we wniosku SAAB. Skoro Zamawiający dokonał częściowo odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał dokonania rzetelnej oceny zasadności dokonanych zastrzeżeń i formalnego przekazania informacji w tym względzie. Tym samym Odwołujący wskazał, że jest w pełni uprawniony by domagać się przekazania zarówno wykazów dostaw jak i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, szczególnie, że - jak pokazały treści wezwań do wyjaśnień oraz udzielane odpowiedzi, dokumenty zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa będą miały zasadniczy wpływ na dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 6

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa:

1. Jednego kompleksowego systemu symulacji pola walki do szkolenia batalionu, zwanego dalej: „KSSPW”;
2. Czterech zestawów laserowych symulatorów strzelań do uzbrojenia i sprzętu znajdującego się na wyposażeniu wojsk pancernych i zmechanizowanych, zwanych dalej: „LSS”;
3. Pięciu symulatorów taktycznych współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych, z tym, że dla tak sformułowanego przedmiotu Zamawiający wyodrębnił dwie części zamówienia, tj. cz. 1 - dostawa jednego kompleksowego systemu symulacji pola walki do szkolenia batalionu oraz czterech zestawów laserowych symulatorów strzelań znajdującego się na wyposażeniu wojsk pancernych i zmechanizowanych i cz. 2 - dostawa pięciu symulatorów taktycznych współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych.

Zamawiający w sekcji 11.3) ogłoszenia o zamówieniu, jak też w sekcji VI. 3 pkt 13 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że termin realizacji zamówienia dla obu części wynosi 24 miesiące od dnia udzielenia zamówienia. Mimo wielokrotnych modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, element związany z terminem realizacji zamówienia w postaci

24 miesięcy nie uległ w żadnym czasie zmianie. W treści ogłoszenia nie została zawarta żadna informacja o podziale realizacji zamówienia w zakresie każdej z części na etapy, jak też Zamawiający nie wskazał, by realizacja któregośkolwiek elementu przedmiotu zamówienia miała się odbyć wcześniej niż przed upływem terminu 24 miesięcy. Tymczasem terminy realizacji zamówienia dla obu części zawarte w punkcie 4.1 i 4.2 SIWZ w żaden sposób nie odpowiadają terminowi realizacji zamówienia wskazanemu w ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący wyraża wręcz zaniepokojenie o przyczyny skrócenia terminów realizacji zamówienia o połowę w stosunku do terminu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu. Tak skrócony termin w żadnej mierze nie odpowiada faktycznym możliwościom realizacji, w tym produkcji i wdrożeniu.

Część 1 dla KSSPW została podzielona przez Zamawiającego na 3 etapy realizacji, przy czym realizacja etapu I została określona do 12 miesięcy, dla etapu II do 18 miesięcy i dopiero etapu III do 24 miesięcy. Elementy wchodzące w skład etapu I dla KSSPW, wymienione w załączniku nr 2 do dokumentu pn. Wstępne Założenia Taktyczno-Techniczne (WZTT) dla Kompleksowego systemu symulacji pola walki do szkolenia batalionu, nie są realne i zostały ustalone w oderwaniu od rzeczywistości społeczno-gospodarczej. Część 1 dla LSS została podzielona przez Zamawiającego na 4 etapy realizacji, przy czym realizacja etapu I i II została określona do 18 miesięcy, a dopiero dla etapu III i IV do 24 miesięcy. Elementy wchodzące w skład etapu I i II dla LSS, wymienione w załączniku nr 4 do dokumentu WZTT dla Zestawu laserowych symulatorów strzelań do uzbrojenia i sprzętu wojskowego znajdującego się na wyposażeniu wojsk pancernych i zmechanizowanych, nie są realne i zostały ustalone w oderwaniu od rzeczywistości społeczno-gospodarczej. Część 2 została podzielona przez Zamawiającego na 5 etapów realizacji, przy czym realizacja etapów I i II została określona do 12 miesięcy, a dopiero dla etapu III - V do 24 miesięcy. Elementy wchodzące w skład etapu I i II dla STWPW, wymienione w dokumencie WZTT dla Symulatora taktycznego współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych, nie są realne i zostały ustalone w oderwaniu od rzeczywistości społeczno-gospodarczej.

Zarzut nr 7

Przepis art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Częściowym powtórzeniem tej reguły jest art. 29 ust. 2, który wskazuje, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Odwołującego kwestionowane odwołaniem parametry zawarte w pkt 7.2.5, 7.2.6 oraz 7.9.6 WZTT dla KSSPW i w konsekwencji w formularzu oferty, w aktualnym kształcie

faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia oraz naruszają przepisy Pzp. Dlatego też postanowienia te powinny być w SIWZ skorygowane zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Z utrwalonego orzecznictwa KIO wynika, że aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1, a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, Odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny - w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 16 maja 2019 r. sygn. akt KIO 797/19). Taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu - symulatory pojazdów CVTESS i VTESS nie pracują w oparciu o standard U-LEIS SISO, tylko w oparciu o kody laserowe MILES (prawa autorskie i licencje użytkowania należą do armii USA) lub OSAG2 (kod laserowy własności SAAB). W obu tych przypadkach dostawcą symulatorów dla armii USA jest SAAB. Tenże kod laserowy SAAB-a - OSAG2 wymagany jest punktem 7.2.5 w WZTT dla KSSPW, a dostępu do specyfikacji tego kodu i prawa jego użytkowania poza SAAB-em nie mają inni wykonawcy. Linki wymienione w treści punktu 7.2.5 WZTT dla KSSPW prowadzą do stron internetowych pozbawionych wszelkich istotnych informacji bądź zablokowanych, a dostęp do nich mają jedynie firmy i dostawcy działający na terenie USA i dla armii USA. Preferowanie rozwiązań SAAB potwierdza również sposób sformułowania wymagań dotyczących dynamicznego modelu szybkości aktualizacji danych dla systemu Excon oraz statystyczna/losowa definicja stref trafień wyposażenia/szelek żołnierzy - wymagania oparte są na rozwiązaniach SAAB i wymuszają na pozostałych wykonawcach konieczność dodatkowej konfiguracji systemu. Zamawiający w części 1 w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. WZTT dla KSSPW zawarł wymagania, które jest w stanie spełnić wyłącznie Przystępujący SAAB. Wymagania te natomiast nie mają żadnego, poza faworyzowaniem rozwiązania oferowanego przez wykonawcę SAAB, uzasadnienia dla realizacji zamówienia. Zastosowanie rozwiązania kompatybilnego z symulatorami będącymi na wyposażeniu armii USA (CVTESS i VTESS), pracującymi w oparciu o inne standardy i kody laserowe niż SISO, pociągałoby za sobą konieczność użytkowania kodów laserowych MILES lub OSAG2, co do których prawa autorskie ograniczone licencjami należą do armii USA lub firmy SAAB. Dla spełnienia wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności wystarczające jest, by oferowane rozwiązanie spełniało wymagania definiowane w standardach SISO wymienianych w postępowaniu.

Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący załączył wydruki ze stron, do których odniesienie znajdowało się w punkcie 7.2.5 WZTT dla KSSPW:

<https://www.peostri.army.mil/svstems/BvOrganization>:

<https://www.peostri.army.mil/instrumentable-multiple-integrated-laser-engagement-svstem-combat-vehicle-tactical-engagement-simulation-svstem-i-miles-cvtess->;

<https://www.peostri.army.mil/vehicle-tactical-engagement-simulation-svstem-vtess>;

<https://www.lt2portal.mil/tabid/82/ABPageid/ABlCdTree/Default.aspx>;

<https://www.lt2portal.mil/Support/AccountManagement/ManageMvAccount/tabid/77/Default.aspx?returnurl=https%3a%2f%2fwww.it2portal.mil%2fHome.aspx>;

<https://www.lt2portal.mil/tabid/82/ABPageid/ABlCdTree/Default.aspx>,

potwierdzające mały zakres dostępnych informacji i jednocześnie wskazujące SAAB jako dostawcę systemu VTESS.

Zarzut nr 8

W okolicznościach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wyznaczył w zaproszeniu do złożenia oferty termin składania ofert na dzień 18 maja br. W tym samym dniu Zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert. Wprawdzie zgodnie z dyspozycją art. 131ia pkt 6 Pzp, minimalny termin składania ofert w postępowaniach wynosi co do zasady 40 dni, co nie oznacza jednak, że w każdym przypadku Zamawiający może wyznaczyć taki termin, pomijając całkowicie zakres zamówienia. Zamawiający miał obowiązek uwzględnienia złożoności zamówienia oraz czasu niezbędnego na przygotowanie ofert. Proces składania ofert w postępowaniu na tak wysoce specjalistyczny przedmiot zamówienia nie polega wyłącznie na edytowaniu udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów. Sporządzenie oferty w postępowaniu poprzedza skomplikowany i czasochłonny proces uzgodnień biznesowych umożliwiający przyjęcie określonego modelu realizacji zamówienia w sposób odpowiadający w pełni wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Tym samym wyznaczenie tak krótkiego terminu jak w aktualnie prowadzonym postępowaniu wskazuje, że Zamawiający pominął uwarunkowania rynkowe mające wpływ na realizację zamówienia, co może dziwić wobec doświadczeń posiadanych z poprzedniego postępowania.

Zarzut nr 9

Zgodnie z pkt 12.5 SIWZ wykonawca zobowiązany będzie do udziału w testach w miejscu i terminie określonym przez Zamawiającego. W pkt 12.6 SIWZ Zamawiający wskazał, że nieprzystąpienie do testów lub ich negatywny wynik, stanowić będzie przesłankę do odrzucenia oferty w zakresie części 1 zamówienia na podstawie art. 131 ust. 1 pkt 1 Pzp. Natomiast zgodnie z pkt 12.8 SIWZ program testów został określony w złączniku nr 9 do SIWZ.

Odwolujący nie zakwestionował testów jako sposobu weryfikacji rozwiązań zaoferowanych przez wykonawców, a jedynie brak informacji w zakresie organizacji przedmiotowych testów,

w tym w szczególności w zakresie braku minimalnego terminu, w jakim wykonawca może przygotować się do testów. Testy zostaną przeprowadzone przed wyborem ofert, co oznacza, że wynik uzyskany podczas procedury testu może być przedmiotem korzystania ze środków ochrony prawnej zarówno przez wykonawcę, który podlegał testom, jak też przez wykonawców znajdujących się na dalszych pozycjach w rankingu. Zamawiający jest uprawniony do formułowania dodatkowych przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 131l ust. 1 pkt 1 Pzp, jednak przesłanki te muszą zapewniać, by sytuacja każdego z wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne była identyczna, a tym samym realizowała zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pozostawienie kwestionowanego postanowienia SIWZ spowoduje, że nie będzie żadnego mechanizmu zabezpieczającego wykonawcę przed zbyt krótkim terminem wyznaczonym na udział w testach. Brak będzie przeszkód, by jednego wykonawcę wezwać do udziału w testach w terminie np. 5 dni od dnia wezwania do udziału, a innego wykonawcę w terminie np. 21 dni od dnia otrzymania wezwania do udziału. Zamawiający winien określić minimalny termin na stawienie się wykonawców na przeprowadzenie testów zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższe stanowić będzie gwarancję dla urzeczywistnienia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 10

Projekt Umowy w zakresie części 1 i 2 zawiera liczne postanowienia dotyczące sposobu kształtowania odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz w zakresie dotyczącym praw autorskich, które nie odpowiadają standardom przyjętym przy udzielaniu podobnych zamówień opartym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a przede wszystkim nie czynią zadość zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego najistotniejszą wadą Projektu Umowy, z której wynika szereg szczegółowych naruszeń, jest przyjęcie przez Zamawiającego reżimu odpowiedzialności za wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przerzucającego niemal całkowicie ciężar ryzyka umownego na Wykonawcę. W obecnym kształcie Projektu Umowy, w przypadku większości zdarzeń mogących potencjalnie wiązać się z ponoszeniem przez wykonawcę odpowiedzialności odszkodowawczej wobec Zamawiającego, reżim tej odpowiedzialności został ukształtowany na zasadzie ryzyka, bez uzasadnienia przyjęcia takiego rozwiązania szczególnymi okolicznościami sprawy i przy jednoczesnym braku określenia górnego pułapu odpowiedzialności wykonawcy i jedynie wybiórczym ograniczeniu limitu kar umownych oraz zastrzegając możliwość dochodzenia kar umownych ponad kwoty kar umownych.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy

w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Zamawiający ma zatem prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 Kc oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. W myśl tego przepisu strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego nastąpi przez zapłatę oznaczonej sumy (kary umownej). Odwołujący zaproponował ukształtowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy, zaś wysokość kar umownych i poziom, na którym powinny one zostać ograniczone przedstawił w kształcie zbliżonym do warunków rynkowych.

Uzasadniając modyfikację § 15 ust. 1 Projektu Umowy Odwołujący wskazał, że podpunkty 1, 2, 4 zaproponowanego wzorca pokrywają się z okolicznościami nadzwyczajnymi, określanymi jako siła wyższa i zdarzenia, którym zapobiec nie można, co zostało już uregulowane w innej części Projektu Umowy (patrz § 16) oraz postanowieniami Kodeksu cywilnego mówiącymi o sile wyższej. W zakresie podpunktu 3, Odwołujący wskazał, że zmiana reżimu odpowiedzialności na ogólny (zasada winy) wynikający z Kodeksu cywilnego zakładać będzie i tak będzie odpowiedzialność wykonawcy za podwykonawców.

Kwestia przeniesienia praw autorskich do przedmiotów zamówienia na Zamawiającego jest wprawdzie do pewnego stopnia ustandaryzowana w przepisach Pzp (np. w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp generuje po stronie zamawiającego obowiązek obejmowania wszelkich utworów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia treścią umowy o zamówienie publiczne). Nie zmienia to jednak faktu, że zakres przeniesienia praw autorskich musi odpowiadać specyfice samego przedmiotu zamówienia, powinien być określany w indywidualizowany sposób, a przede wszystkim powinien być komercyjnie akceptowalny dla potencjalnych wykonawców. W przypadku przedmiotowego zamówienia prawa autorskie i pokrewne,

stanowią najbardziej wartościowy element przedmiotu zamówienia, który należy do obszaru nowych technologii. Nie jest możliwe do zaakceptowania przez Odwołującego, aby Zamawiający mógł w dowolny sposób obracać przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego prawa autorskie i pokrewne dotyczące elementów przedmiotu zamówienia powinny być przeniesione na Zamawiającego jedynie w zakresie w jakim są one niezbędnie do wykorzystywania przedmiotu zamówienia przez samego Zamawiającego. Za takim rozwiązaniem przemawia również zastosowanie zasady proporcjonalności. W jej świetle, z perspektywy celów zamówienia, przeniesienie praw autorskich i pokrewnych w zakresie jakim wynikałoby to z Projektu Umowy, nie znajduje żadnego uzasadnienia, stanowiąc przy tym niezwykle istotną przeszkodę komercyjną dla Odwołującego, który w ramach wynagrodzenia byłby zmuszony udostępnić Zamawiającemu w zasadzie w nieograniczonym zakresie prawa do utworów, które mają niezwykle wysoką wartość komercyjną, zawierają jego know-how i stanowią efekt prac wykonanych przez Odwołującego z poniesieniem bardzo wysokich nakładów finansowych, czasowych i intelektualnych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której zawarł następujące stanowisko wobec zarzutów odwołania:

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty nr 1, 3, 6, 8, 9 oraz 10 i zobowiązał się do dokonania wynikających z uwzględnienia stosownych czynności. Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty nr 2 i 5:

Zarzut nr 2

Zamawiający uwzględnił zarzut w zakresie zaniechania ujawnienia dokumentów, które nie zostały zastrzeżone przez Przystępującego Cubic jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z powyższym, zobowiązał się udostępnić Odwołującemu zaświadczenia dotyczące karalności wydane przez organy stanowe i lokalne dla członków zarządu spółki Unitronex Poland Sp. z o.o. zamieszkujących w USA.

W pozostałym zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający w sekcji 111.2.1) pkt 3 ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu wykazania braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 131e ust. 1 oraz ust. 1b pkt 1 lit. a) i lit. b) oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, będzie żądał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Sądowego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W sekcji 111.2.1) pkt 4 ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca

ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt. 3 ppkt 1 - złoży informacje z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp - wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14, na str. 283-295 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący Cubic złożył dla członków zarządu Unitronex Polska Sp. z o. o. dokumenty wydane przez Federalne Biuro Śledcze, których treść nie potwierdzała braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Wobec powyższego, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp 10 marca 2020 r. wezwał Przystępującego Cubic do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi wykonawca złożył 13 marca 2020 r. zaświadczenia wydane przez organy stanowe i lokalne dla członków zarządu spółki Unitronex Poland Sp. z o.o. zamieszkujących w USA (pan W. S., pani W. S.), czym potwierdził brak podstaw wykluczenia.

Zarzut nr 5

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut i zobowiązał się udostępnić Odwołującemu wykazy wykonanych dostaw dla części nr 1 i 2 zamówienia Przystępującego Cubic po usunięciu z nich informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

1. ilości obiektów rozumianych jako żołnierze i sprzęt wojskowy, z którymi w ramach tej można przeprowadzić ćwiczenie, wartości dostaw,
2. ilości wirtualnych obiektów rozumianych jako żołnierze i/lub sprzęt wojskowy, przy użyciu których poprzez zastosowanie techniki komputerowej w ramach tej dostawy można przeprowadzić ćwiczenie, ilości zintegrowanych stanowisk komputerowych w ramach tej dostawy,
3. dowodów należytego wykonania dostaw.

Zamawiający zobowiązał się odtajnić, a następnie udostępnić Odwołującemu część wyjaśnień Przystępującego SAAB z 10 lutego 2020 r., tj. opinię szwedzkiego Urzędu Zamówień Publicznych oraz Policji ws. ewidencji karalności na potrzeby zamówień publicznych, wyciągi z eCertis dot. sposobu potwierdzania karalności w Szwecji, opinie prawne ws. możliwości uzyskania wyciągu z rejestru karnego ze szwedzkiego rejestru karnego oraz wyciągi z rejestru karnego członków zarządu SAAB. Ponadto Zamawiający zobowiązał się udostępnić wyjaśnienia Przystępującego Cubic z 3 lutego 2020 r.,

z wyłączeniem informacji dot. ilości pojazdów dla dostawy ITESS oraz CTC.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu nr 5 w zakresie zaniechania udostępnienia Odwołującemu wykazów dostaw i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw Przystępujących Cubic i SAAB oraz wyjaśnień SAAB w pełnym zakresie, tj. włącznie z informacjami stanowiącymi skutecznie zastrzeżone tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Udostępnienie informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, naraziłoby Zamawiającego na zarzut łamania przepisów prawa. Takie informacje zawarte zostały m.in. w wykazie dostaw Przystępującego SAAB dla części nr 1 zamówienia wraz z dowodami należytego ich wykonania, wyjaśnieniach Przystępującego SAAB z 10 lutego 2020 r. z wyłączeniem informacji zawartych w dokumentach, o których mowa powyżej, dowodach należytego wykonania dostaw Przystępującego Cubic w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia oraz informacjach, o których mowa powyżej.

Zamawiający wniósł o oddalenie jako niezasadnych zarzutów nr 4 i 7:

Zarzut nr 4

Zamawiający w sekcji 111.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, tj. posiadania zdolności technicznej dla każdej z części odrębnie wymagał, aby wykonawca wykonał należycie dwie dostawy laserowych symulatorów strzelań wspomagających przeprowadzenie ćwiczeń taktycznych pododdziałów. Dostarczone urządzenia powinny (jako wymaganie obligatoryjne) być instalowane w/na sprzęcie wojskowym (pojazdy kołowe i gąsienicowe) oraz żołnierzach (hełm, kamizelki, uzbrojenie indywidualne i zespołowe), umożliwiać ich wykorzystanie w rzeczywistych warunkach terenowych i atmosferycznych. Urządzenia powinny wspomagać przeprowadzenie ćwiczenia taktycznego z nie mniej niż 150 obiektami rozumianymi jako sprzęt wojskowy i żołnierze, a wartość każdej dostawy nie była mniejsza niż dwadzieścia milionów złotych. W sekcji 111.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz (odrębnie dla każdej części zamówienia) wykonanych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający wykonanie co najmniej dwóch dostaw odpowiednio dla każdej części zamówienia z podaniem przedmiotu dostawy, daty wykonania, podmiotu, na rzecz którego wykonano dostawę i wartość dostawy oraz załączyć dowody potwierdzające, że dostawa została wykonana należycie. Zamawiający wskazał także, że dowodami są referencje bądź

inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie będzie w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Zamawiający w sekcji 111.2.3) pkt 4 - 7 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może polegać na zdolnościach technicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów będzie musiał udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający zażąda dokumentów, które określają w szczególności:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
2. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
3. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący SAAB, wypełniając postanowienia sekcji 111.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, złożył „Wykaz wykonanych dostaw dla części nr 1 zamówienia” (dalej „wykaz”) wraz z dowodami należytego ich wykonania (referencjami), których treść budziła wątpliwości Zamawiającego, ponieważ potwierdzały wykonanie wskazanych dostaw przez SAAB AB, Training and Simulation. Zamawiający 22 stycznia 2020 r. wezwał Przystępującego SAAB do złożenia wyjaśnień podstaw posłużenia się potencjałem SAAB AB, Training and Simulation w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej. W odpowiedzi Przystępujący SAAB przedstawił obszernie wyjaśnienia dotyczące organizacji spółki SAAB, które to wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ze złożonych wyjaśnień wynikało, że posłużenie się w wykazie nazwą SAAB AB, Training and Simulation nie oznaczało wskazanie innego podmiotu, ponieważ po przecinku wskazany jest jedynie jej dział „Training & Simulation”, będący wewnętrzną jednostką organizacyjną spółki SAAB. Dział ten wskazany został jednak jedynie porządkowo, aby ułatwić firmie przyporządkowanie certyfikatów po ich otrzymaniu i nie stanowił odniesienia do podmiotu o odrębnej od SAAB osobowości prawnej. Zamawiający uznał wyjaśnienia SAAB za wystarczające i potwierdzające, że wykazane dostawy były dostawami własnymi tego

podmiotu, a sformułowanie „Training & Simulation” stanowi jedynie oznaczenia integralnego działu (wewnętrznej jednostki organizacyjnej) firmy SAAB. Tym samym zarzut sformułowany przez Odwołującego należy uznać za niezasadny i nieuprawniony.

Zarzut nr 7

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia (tj. taktyczne systemy symulacji pola walki) kierował się przyjętymi zobowiązaniami wynikającymi z członkostwa w NATO, szczególnie obowiązkami wojskowymi. Wynika z nich jasno, że funkcjonowanie Sił Zbrojnych RP należy dostosować do norm obowiązujących w sojuszu. Weryfikacja przyjętych standardów przez SZ RP jest możliwa w trakcie konfrontacji działań na wirtualnym polu walki żołnierzy RP wyposażonych w urządzenia symulacyjne z wojskami sojuszniczymi w Europie i na świecie, które posiadają również swoje konstrukcje służące do symulacji, mające na celu sprawdzanie funkcjonowania wypracowanych procedur. Jest to możliwe poprzez zastosowanie w trakcie ćwiczeń wojsk wspólnych standardów, tj. m.in. optycznych interfejsów symulatorów uzbrojenia zapewniających interoperacyjność z systemami użytkowymi przez siły zbrojne innych państw podczas międzynarodowych ćwiczeń NATO. Są to transmistery one-way (oparte o kody laserowe MILES) oraz two-way (oparte o kody laserowe OSAG2), wskazane jako standard SISO (SISO NATO UCATT Laser Engagement Interface). Zamawiający opisując zamawiany system nie faworyzował konkretnego rozwiązania, ale kierował się przede wszystkim aktualnymi potrzebami Sił Zbrojnych RP chcąc wypełnić zobowiązania sojusznicze, w tym również deklarację o współpracy obronnej (z 12 czerwca 2019 r. regulującą utworzenie Centrum Szkolenia Bojowego - KSSPW na terenie Centrum Szkolenia Wojsk Lądowych Drawsko), z których wynika, że pozyskiwany system dla SZ RP powinien współpracować z systemami symulacji Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych: Combat Vehicle Tactical Engagement Simulation System (CVTESS) i Vehicle Tactical Engagement Simulation System (VTESS). Wspólne ćwiczenia na terenie CSWL Drawsko SZ RP, USA i innych państw NATO (których systemy współdziałają z CVTESS i VTESS) umożliwią weryfikację przyjętych norm (dokumentów bojowych) i wypracowanych procedur (doktryn szkoleniowych) w NATO oraz ocenę zdolności bojowej wojsk w trakcie symulowanych działań wojennych.

Definiując szczegółowe wymagania dla systemów, w tym prędkości aktualizacji danych w Excon oraz modelu szablonu celu (stref trafień) zarówno dla pojazdów i żołnierzy, Zamawiający miał na uwadze przede wszystkim potrzeby Sił Zbrojnych RP, w tym uzyskanie niezbędnych danych z ćwiczeń wojsk, które zapewnią ich analizę w zakładanej perspektywie czasowej, co pozwoli w przyszłości wyeliminować błędy i udoskonalić techniki operacyjne działania wojsk. Wykonawcy powinni mieć świadomość, że oferowane przez nich produkty muszą być dostosowane do potrzeb Zamawiającego, szczególnie w obszarze „wirtualnych

narzędzi”, mających wpływ na ocenę działań wojsk, a w konsekwencji na bezpieczeństwo państwa i NATO. Zamawiający wskazał na aktualnie odbywające się polsko — amerykańskie ćwiczenie DEFENDER-Europe 20 Plus na poligonie w Drawsku, tj. miejscu docelowej instalacji jednego z systemów symulacji, będącego przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Wspólna decyzja Ministerstwa Obrony Narodowej i Departamentu Obrony USA o przeprowadzeniu aktywnej fazy ćwiczenia jest potwierdzeniem potrzeby rozwijania zdolności szkoleniowych obu armii, które Zamawiający zdefiniował w SIWZ.

Zamawiający nie faworyzował jakiegokolwiek wykonawcy, ponieważ w projektowanie i dostawę systemów symulacyjnych (tzw. TESS - Tactical Engagement Simulation System) dla armii amerykańskiej są zaangażowane również inne podmioty, np.: General Dynamics, Lockheed Martin, SAAB Training USA, Signature Solutions, Simulation Technologies, Torch Technologies, Cubic Global Defense, itd. Zamawiający uważa, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób uzasadniający jego realne potrzeby wynikające z szeregu uwarunkowań powyżej opisanych.

W toku posiedzenia z udziałem stron obaj przystępujący nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego ww. zakresu odwołania, a Odwołujący wycofał zarzuty nr 4 i 10.

Pisemną odpowiedź na odwołanie złożył również Przystępujący Cubic. W zakresie zarzutu nr 7 Przystępujący Cubic wskazał:

Sporne postanowienia SIWZ, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ograniczają w żaden sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co wynika w jasny sposób z technicznych specyfikacji wymaganych przez Zamawiającego systemów komunikacji. Zamawiający wykorzystując w opisie przedmiotu zamówienia stosowane w krajach NATO nazwy standardów MILES i OSAG2 nie doprowadził do wykluczenia innych oferentów i stosowania innych standardów. MILES i nowszy standard OSAG2 są standardami otwartymi, których pełna specyfikacja jest powszechnie dostępna. Standard MILES jest kompatybilny z CVTESS oraz VTESS, a w potocznym rozumieniu i użyciu nazwa "MILES" jest ogólnie przyjęta, a określenia MILES, VTESS i CVTESS mogą być używane zamiennie. Wskazane powyżej standardy występują w wielu odmianach i permutacjach, które ewoluowały na przestrzeni dekad i są używane powszechnie. Patrząc od strony technicznej występuje wiele odmian i wzajemnie kompatybilnych wersji tych systemów kodowania, co powoduje, że ilość dostępnych i zamiennych standardów jest bardzo duża. Standard OSAG2 jest kompatybilny ze standardem MILES, a specyfikacja techniczna standardu jest publicznie dostępna na stronie internetowej grupy SAAB. Publiczne

udostępnienie przez SAAB specyfikacji technicznej standardu OSAG2 oznacza, że każdy wykonawca (w tym również Odwołujący) może dowolnie korzystać z tej specyfikacji celem dostosowania oferowanych przez siebie systemów, tak aby współpracowały ze standardem OSAG2. Nieprawdą jest, że standard OSAG2, który oryginalnie był używany przez SAAB, jest wyłącznie do dyspozycji tego producenta i pozostali dostawcy nie mają do niego dostępu. Powyższe potwierdza informacja prasowa SAAB, w której wskazano, iż SAAB realizował zamówienia, w ramach którego dokonywał ulepszenia interoperacyjności w ramach standardu OSAG2 aby spełnić wymogi interoperacyjności dla Armii Amerykańskiej i armii szeregu krajów Europy. W przedmiotowym komunikacie wskazano m.in., że zamówienia umożliwią żołnierzom szybkie skonfigurowanie laserów systemu szkoleniowego do pracy z wykorzystaniem MILES Communication Code (MCC), używanego głównie w amerykańskich środowiskach szkoleniowych lub standardu OSAG2, używanego przez większość narodów w Europie, do celów szkoleniowych w dowolnym środowisku i wspólnie z wielonarodowymi jednostkami. OSAG2 jest kodem oprogramowania pierwotnie opracowanym przez SAAB, który umożliwia prawdziwą symulację balistyczną amunicji używanej w broni przeciwpancernej i samochodowej podczas strzelania z nadajników laserowych.

Jeden z członków konsorcjum Odwołującego — Ruag — oferuje produkty kompatybilne z kwestionowanymi przez Odwołującego standardami. Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie <https://www.ruag.com/en/productservices/land/simulation-training/livesimulation/weapon-equipment>, Ruag oferuje symulatory broni dla efektywnego treningu, które są przystosowane do obsługi standardów MILES i OSAG2. Potwierdzenie powyższego faktu znalazło się również w broszurze informacyjnej przygotowanej przez Ruag (źródło <https://ruaginternational.picturepark.com/v/owhDFVzp/>), w której wskazano, iż w ramach produktu RUAG Gladiator Body Equipment producent oferuje kompatybilność z systemami laserowymi COSIM, U-LEIS, OSAG 1/2, MILES, GDI, REACT.

Przystępujący wskazał, że nie widzi zagrożenia w zachowaniu uczciwej konkurencji w postępowaniu z uwagi na wymagania postawione w pkt, 7.2.5, 7.2.6 oraz 7.9.6 WZTT dla KSSPW. Przystępujący będzie w stanie przygotować i złożyć ofertę zgodną z w/w wymaganiami. W ocenie Przystępującego Cubic pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu, również mają możliwość przygotowania ofert zgodnych z wymogami Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Zarzuty nr 1, 2, 3, 5, 6, 8 i 9 zostały uwzględnione przez Zamawiającego, a Przystępujący nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia. Odwołujący wycofał zarzuty nr 4 i 10. Tym samym postępowanie w zakresie ww. zarzutów podlegało umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutu nr 7, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem 7.2.5 WZTT: „Komunikacja pomiędzy KSSPW i JCATS powinna być oparta o SISO-REF-010-2015, KSSPW zgodnie deklaracją o współpracy obronnej z 12 czerwca 2019 r. (regulującą utworzenie Centrum Szkolenia Bojowego na terenie CSWL Drawsko) powinien współpracować m.in. z systemami symulacji Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych, które posiadają: Combat Vehicle Tactical Engagement Simulation System (CVTESS) i Vehicle Tactical Engagement Simulation System (VTESS). KSSPW powinien zapewnić integrację z CVTESS i VTESS będących na wyposażeniu SZ USA, wykorzystujących do symulacji kod lasera OSAG2. W CVTESS są wyposażone pojazdy: M1, M2, M3 oraz Stryker (z uzbrojeniem powyżej 12,7 mm). W VTESS są wyposażone pojazdy: Stryker (z uzbrojeniem 12,7 mm i mniejszym), HMMWV oraz LMTV.

Dodatkowe informacje na temat CVTESS oraz WESS dostępne są na stronie:

<https://www.peostri.armv.mil/svstems/BvOrganization>

Poniżej załączono link do strony Live Training Engagement Composition (LTEC/LT2) opisujący wymagania techniczne umożliwiające integrację KSSPW z CVTESS oraz VTESS:

<https://www.lt2p01tal.mil/tabid/82/ABPaqeld/ABlCdTree/Default.aspx>

KSSPW przed integracją i po integracji z CVTESS oraz WESS powinien spełniać wymagania zdefiniowane w pkt. od 7.13.12 do 7.13.1.12 oraz od 7.13.1.18 do 7.13.1.21”.

Powyżej przytoczone zostało pełne brzmienie punktu WZTT będącego główną osią sporu między stronami. W oparciu o jego treść Odwołujący podniósł, że Przystępujący SAAB jest wykonawcą, którego pozycja w postępowaniu jest uprzywilejowana. Odwołujący wskazywał, że opis przedmiotu zamówienia daje podstawy do uznania, że Zamawiający preferuje

rozwiązanie oferowane przez Przystępującego SAAB, a kwestionowane odwołaniem parametry zawarte w pkt 7.2.5, 7.2.6 oraz 7.9.6 WZTT dla KSSPW i w konsekwencji w formularzu oferty, w aktualnym kształcie faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia. W piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu z udziałem stron, oraz w toku rozprawy Odwołujący dokonał modyfikacji powyższego stanowiska i wskazał, że treść punktu 7.2.5 WZTT sprawia, że oferty w postępowaniu złożyć mogą jedynie te podmioty, które wcześniej zrealizowały określonego rodzaju zamówienia na rzecz Armii Stanów Zjednoczonych. W piśmie procesowym Odwołujący wskazał m. in.: „Sam OSAG2 jest dostępny publicznie (<http://osagstandard.com/index.html>). Nie ma jednak pewności, że ten kod występuje w CVTESS i VTESS bez zmian, tak jak to jest przedstawione w dostępnej specyfikacji. Odpowiedź na to pytanie dostarczałaby specyfikacja projektu CVTESS i VTESS, do której wykonawcy, który nie realizują zamówień dla armii USA, nie mają dostępu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wymienił kilka podmiotów, które mają dostęp do tych kodów laserowych, w tym. m.in. SAAB i Cubic. Jednakże w praktyce ogranicza dostęp do zamówienia jedynie do wykonawców, którzy zrealizowali już dostawy dla armii USA — czyli z wyłączeniem m.in. RUAG i Thales”. Stanowisko to przeczy pierwotnemu twierdzeniu Odwołującego i podważa główną tezę zarzutu nr 7, ponieważ wprost wskazuje, że nie tylko Przystępujący SAAB będzie zdolny złożyć ofertę w postępowaniu, a pozycja tego wykonawcy nie jest uprzywilejowana. W efekcie Izba uznała, że Zamawiający nie ograniczył kręgu potencjalnych wykonawców do jednego podmiotu.

Potencjalne uniemożliwienie lub utrudnienie złożenia oferty określonemu podmiotowi bądź podmiotom nie musi automatycznie oznaczać, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zrealizowanie konkretnych, obiektywnych potrzeb zamawiającego i to ich zaspokojenie ma nadrzędny charakter w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, ale realizacja tychże zasad nie jest sama w sobie celem postępowania, tylko metodą jego prowadzenia. Tym samym zamawiający jest uprawniony do skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia tak, że część potencjalnie zainteresowanych zamówieniem podmiotów nie będzie mogła złożyć ważnej, odpowiadającej wymogom zamawiającego, oferty. Przy tworzeniu opisu przedmiotu zamówienia każdy wymóg zamawiającego może ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców, przez uniemożliwienie złożenia oferty tym z nich, którzy nie dysponują określonymi możliwościami, wiedzą czy potencjałem. Dopóki jednak ograniczenia kręgu wykonawców są efektem ujęcia w opisie przedmiotu zamówienia racjonalnych,

uzasadnionych wymogów i warunków podyktowanych potrzebą realizacji obiektywnych potrzeb zamawiającego, nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Skoro Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp to powinien wykazać przede wszystkim, że sporne postanowienia WZTT nie wynikają z obiektywnych potrzeb Zamawiającego lub możliwa jest w pełni prawidłowa realizacja tych potrzeb w inny, pozwalający na udział w postępowaniu szerszego kręgu wykonawców, sposób. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zamiast kodu lasera OSAG2 może wykorzystać kompatybilny z systemami NATO kod SISO. Jednocześnie między stronami niespornym było, że kod OSAG2 i SISO to różne kody (SISO wywodzi się z OSAG2), a CVTESS i VTESS działają w oparciu o kod OSAG2. Zamawiający w kwestionowanym przez Odwołującego punkcie 7.2.5 WZTT jednoznacznie określił z jakich jego potrzeb wynika taki, a nie inny kształt OPZ - Zamawiający wskazał, że jego obiektywną potrzebą jest utworzenie Centrum Szkolenia Bojowego na terenie CSWL Drawsko w ramach deklarowanej współpracy z wojskiem amerykańskim. Tym samym Zamawiający już w treści WZTT ujawnił powody dla których ustanowił określone wymogi, co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że powyższe wymogi nie wynikają z obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Współpraca z Sił Zbrojnych RP z Armią Stanów Zjednoczonych, prowadzenie wspólnych ćwiczeń, manewrów i szkoleń są faktami powszechnie znanymi. Zrozumiałe jest zatem, że Zamawiający wymaga, by zamawiany system był w pełni kompatybilny z systemami CVTESS i VTESS używanymi w pojazdach Armii Stanów Zjednoczonych. Treść pisma procesowego Odwołującego wskazuje, że zakwestionował on zasadność wymogu zastosowania kodu OSAG2 dlatego, że nie dysponuje wiedzą, co do zgodności tego kodu zastosowanego w CVTESS i VTESS z publicznie dostępnym standardem OSAG2. Stanowisko takie jest jednak niespójne z początkowym twierdzeniem Odwołującego o uprzywilejowanej pozycji Przystępującego SAAB w postępowaniu, co przesądziło o uznaniu zarzutu za niezasadny.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w zakresie poddanym ocenie w ramach rozpoznania zarzutu nr 7 nie utrudnia uczciwej konkurencji i jest współmierny do obiektywnych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem

przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....