

Sygn. akt: KIO 958/21

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 26 marca 2021 r. przez wykonawcę **WORKS 11 Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komenda Główna Policji, Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **CENZIN Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **WORKS 11 Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 26 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Works 11 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Komendzie Głównej Policji Warszawa (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn. „Zakup amunicji kal. 9 mm w ramach trzech zadań”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (dalej: ustawa, ustawa PZP lub PZP) poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy w pkt IV.8. i IV.9. SIWZ dopuszczono możliwość składania ofert równoważnych, a oferta Odwołującego spełnia kryteria uznania za ofertę równoważną i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
- 2) art. 91 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę oferty, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując określenia i parametry, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, a następnie, pomimo dopuszczenia w postępowaniu ofert równoważnych, odrzucił ofertę Odwołującego, co uznać należy za prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności;
- 3) art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący jednoznacznie wykazał, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego;
- 4) art. 15 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, mimo że przedstawiono w niej rozwiązania równoważne i spełniające wymagania określone przez Zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci utrudniania przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu: (i) unieważnienia czynności z dnia 17 marca 2021 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu nr 3; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego; (iii) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 3; (iv) dopuszczenie dowodów: z dokumentów dołączonych do odwołania, z opinii biegłego z zakresu broni i amunicji w zakresie spełniania przez oferowaną przez Odwołującego amunicję barwiącą kal. 9 mm produkcji AREX defence wszystkich wymagań określonych w SIWZ w postępowaniu, zapewniania przez amunicję produkcji AREX defence norm, parametrów i standardów techniczno-jakościowych oraz funkcjonalnych nie gorszych niż określone w SIWZ oraz możliwości jej zastosowania do pistoletów GLOCK FX oraz systemu SIMUNITION; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 3 jest amunicja barwiąca kal. 9 mm Parabellum FX w ilości 200.000 szt. (pkt IV. 1. SIWZ). Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia w ramach zadania nr 3 została określona w Załączniku nr 2b do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt IV SIWZ:

8. Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych, ilekroć w niniejszej SIWZ przedmiot zamówienia został określony przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia itp. intencją Zamawiającego było przedstawienie „typu” towaru spełniającego wymagania Zamawiającego. W związku z tym, dopuszczalne jest zaoferowanie przez Wykonawcę rozwiązania równoważnego, które zagwarantuje nie gorsze normy, parametry i standardy techniczno-jakościowe oraz funkcjonalne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać w złożonej ofercie, że oferowane przez niego dostawy, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

9. W nawiązaniu do art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Ponadto, należy przyjąć, że wszystkim takim odniesieniom towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Za

równoważną zostanie uznana norma potwierdzająca spełnienie minimalnych parametrów określanych w normie wymaganej przez Zamawiającego.

10. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego w zakresie norm, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Natomiast w załączniku nr 2b do SIWZ - Specyfikacja techniczna w ramach zadania nr 3, pod tabelą zawierającą wymagania techniczne amunicji Zamawiający wskazał: „Uwaga: do złożonej oferty Wykonawca musi dołączyć dokument wydany przez producenta pistoletów GŁOCK FX potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z systemem treningowym oraz producenta systemu SIMUNITION potwierdzającym jego dopuszczalność do stosowania z systemem treningowym”.

Mając na uwadze zastrzeżenie wynikające z treści załącznika nr 2b do SIWZ, Odwołujący wskazał, że skierował do Zamawiającego pytanie o treści: „Czy Zamawiający zaakceptuje dokument wydany przez producenta oferowanej amunicji treningowej barwiącej kal. 9 mm, potwierdzający dopuszczalność do stosowania oferowanej amunicji z pistoletami GLOCK FX oraz systemami treningowymi SIMUNITION do kal. 9 mm?”. Dnia 1 lutego 2021 r. Zamawiający opublikował odpowiedź na powyższe pytanie; „Zamawiający informuje, że nie zaakceptuje dokumentu wydanego przez producenta oferowanej amunicji treningowej barwiącej kal. 9 mm zamawiający podtrzymuje zapis z SIWZ, gdzie wymaga aby Wykonawca do złożonej oferty dołączył dokument wydany przez producenta pistoletów GLOCK FX (...) oraz producenta systemu SIMUNITION”. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 1 lutego 2021 r.

Odwołujący wskazał, iż analogiczna sytuacja wystąpiła w roku 2019, w ramach prowadzonego przez Komendę Główną Policji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa amunicji w ramach 7 zadań (nr 357/Cut/18/EJ/FBW) - przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 4 była amunicja treningowa barwiąca kal. 9 mm przeznaczona do stosowania z pistoletami Glock FX, wykonana zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1d „Specyfikacja Techniczna”, w ilości 10.000 szt. Specyfikacja techniczna była identyczna jak w niniejszym postępowaniu - w treści załącznika nr 1d wówczas wskazano również, że do oferty Wykonawca „musi dołączyć dokument wydany przez producenta pistoletów GLOCK FX potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z w/wym. systemem treningowym oraz producenta systemu SIMUNITION potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z w/wym. systemem treningowym”. Wówczas Odwołujący skierował do Zamawiającego pytanie dotyczące dopuszczalności złożenia oświadczenia producenta amunicji, a Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2019r. zmienił SIWZ w ten

sposób, że usunął wymóg złożenia oświadczeń producentów broni i systemu, dopuszczając oświadczenie złożone przez producenta amunicji. Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu nr 357/Cut/18/EJ/FBW, Odwołujący podpisał umowę i zrealizował całość dostawy na rzecz Zamawiającego, co zostało potwierdzone w referencjach z dnia 7 lutego 2020r. Nadto należy wskazać, iż Zamawiający nie zgłaszał żadnych roszczeń reklamacyjnych dotyczących dostarczonej amunicji, z czego wynika, że produkowana przez AREX amunicja barwiąca jest w pełni kompatybilna z pistoletami Glock FX oraz systemem SIMUNITION oraz spełnia wszystkie obiektywne i rzeczywiste potrzeby Zamawiającego. Dowód: Odpowiedzi na pytania w postępowaniu nr 357/Cut/18/EJ/FBW z dnia 19 lutego 2019 r., Referencje z dnia 7 lutego 2020r.

Dalej Odwołujący wskazał, że do oferty złożonej w postępowaniu nr 255/Cut/20/KK dołączył oświadczenie firmy AREX defense - producenta pistoletów AREX DELTA oraz amunicji treningowej znaczącej kal. 9 mm, w którym wskazano, iż oferowane wyroby, tj. amunicja treningowa znacząca 9x19 mm jest w pełni kompatybilna z pistoletami GLOCK FX oraz systemem treningowym SIMUNITION. Ponadto w oświadczeniu zostało zaznaczone, iż ze względu na bezpośredni charakter konkurencji pomiędzy firmami, które produkują przedmiotowe wyroby, nie jest możliwe uzyskanie oświadczeń wymaganych w postępowaniu.

Dowód: oświadczenie AREX defense z dnia 5 lutego 2021 r.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z uwagi na fakt, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami Załącznika nr 2b do SIWZ Zamawiający wymagał, aby do złożonej oferty wykonawca dołączył dokument wydany przez producenta pistoletów GLOCK FX, potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z Systemem Treningowym oraz producenta systemu SIMUNITION, potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z Systemem Treningowym, natomiast Odwołujący dołączył do oferty dokument wydany przez producenta oferowanej amunicji treningowej barwiącej kal. 9 mm, potwierdzający dopuszczalność do stosowania oferowanej amunicji z pistoletami GLOCK FX oraz systemami treningowymi SIMUNITION.

Dopuszczenie ofert równoważnych - brak opisanie kryteriów równoważności.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jednoznacznie dopuścił złożenie w postępowaniu ofert równoważnych - zgodnie z pkt. IV.8 SIWZ: Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych.

Jednocześnie w pkt IV.8. SIWZ wskazał: dopuszczalne jest zaoferowanie przez Wykonawcę rozwiązania równoważnego, które zagwarantuje nie gorsze normy, parametry i standardy techniczno - jakościowe oraz funkcjonalne. Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie podał szczegółowych wyjaśnień dotyczących oceny równoważności. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 9 listopada 2018 r. sygn. akt: KIO 2182/18, wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2315/13.

Zdaniem Odwołującego wymóg złożenia oświadczenia producenta broni nie może być uznany za opisanie warunków równoważności, bowiem ten właśnie wymóg, poprzez odwołanie do konkretnych nazw: producent pistoletów GLOCK FX oraz producent systemu SIMUNITION, jest przyczyną dla której, zgodnie z art. 29 ust. 3 PZP konieczne było zastrzeżenie dopuszczenia ofert równoważnych.

Wykazanie równoważności.

Z obowiązkiem Zamawiającego, dotyczącym szczegółowego i wyczerpującego określenia zasad oceny spełniania kryterium równoważności na etapie przygotowania dokumentacji postępowania skorelowany jest obowiązek wykonawcy, wynikający z przepisu art. 30 ust. 5 PZP, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że oferowana amunicja spełnia wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 2b do SIWZ, przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych jak określone w SIWZ - a zatem powinna zostać uznana za rozwiązanie równoważne. Dowodem potwierdzającym równoważność jest złożone w postępowaniu oświadczenie producenta amunicji - którego to oświadczenia Zamawiający nie podważył. Ponadto oferowana przez Odwołującego amunicja była używana przez Zamawiającego w latach 2019-2020, z pistoletami GLOCK FX oraz systemem SIMUNITION, a jej prawidłowe działanie Zamawiający potwierdził w załączonych do odwołania referencjach. W ocenie Odwołującego, Zamawiający oczywiście ma prawo określenia przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom - jednakże trudno znaleźć uzasadnienie dla wymogu złożenia oświadczenia producenta pistoletów GLOCK FX oraz producenta systemu SIMUNITION w roku 2021, jeżeli w latach 2019-2020 Zamawiający używał amunicji identycznej jak oferowana w niniejszym postępowaniu,

dostarczonej przez Odwołującego, właśnie podczas korzystania z pistoletów GLOCK FX oraz systemu SIMUNITION. Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy wymagania wobec wykonawców muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia - w tym przypadku przedmiot zamówienia jest identyczny jak w postępowaniu nr 357/Cut/18/EJ/FBW, a jednak Zamawiający wymaga dodatkowych oświadczeń. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r. o sygn. akt. KIO 8/21.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie zakwestionował faktu, że oferowana amunicja spełnia wymagania techniczne, a jedynym powodem odrzucenia oferty jest brak przedstawienia oświadczenia producenta broni Glock i systemu Simunition. Żądanie oświadczenia producenta broni i producenta systemu przeczy jednak zasadzie uczciwej konkurencji - oczywiste bowiem jest, że producent nie wydaje oświadczeń dotyczących dopuszczalności stosowania jego produktów/urządzeń z produktami/urządzeniami konkurencji, nie ma bowiem żadnego interesu w popieraniu rozwiązań konkurencyjnych. W tej konkretnej sytuacji producent pistoletów GLOCK FX jest jednocześnie producentem amunicji barwiącej - a amunicja produkowana przez AREX jest produktem konkurencyjnym. Nie można wymagać od wykonawców spełnienia warunków niemożliwych, lub zależnych jedynie od woli podmiotów trzecich.

Zdaniem Odwołującego brak jest uzasadnienia dla odrzucenia oferty równoważnej, która to równoważność wynika zarówno z podanych właściwości technicznych, jak i z oświadczenia producenta amunicji. Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uznał powyższych wyjaśnień za wiarygodne, Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu broni i amunicji - jednocześnie wskazujemy, że odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pozwalającymi na kompleksowe sporządzenie opinii dysponuje pan mgr inż. K. B. - Biegły z Zakresu Badań Broni i Balistyki Sądu Okręgowego w Katowicach

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że ograniczenie przez zamawiającego sposobu wykonywania zamówienia poprzez wskazanie ściśle określonych parametrów, spełnianych jedynie przez konkretny produkt może przyczynić się do zawężenia kręgu podmiotów mogących wykonać zamówienie. Stąd też co do zasady ustawa PZP zezwala wykonawcom na wykonanie zamówienia także przy użyciu produktów równoważnych, nie zaś tych konkretnie wymaganych przez zamawiającego. Konstruowanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie funkcjonujących już na rynku rozwiązań, wyłącznie w oparciu o ustalony krąg wykonawców, jest sprzeczne z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Ponadto należy także mieć na uwadze fakt, iż ograniczenie potencjalnej liczby uczestników postępowania przetargowego jest niekorzystne z finansowego punktu widzenia, bowiem skutkiem zmniejszenia liczby wykonawców może być wybór mniej korzystnej oferty. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2020 r. sygn. akt. KIO 3088/20, wyrok z dnia 8 lipca 2013 r. sygn. akt: KIO 1483/13, wyrok z dnia 27 czerwca 2018 r. sygn. akt: 1144/18.

Złożona przez Odwołującego oferta zapewnia realizację przedmiotu zamówienia w sposób spełniający wszelkie istotne wymogi Zamawiającego, a proponowane rozwiązania techniczne są równoważne wobec parametrów opisanych w SIWZ. Odwołujący wskazał, że podstawą odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP może być jedynie oczywista i istotna niezgodność oferty z SIWZ. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku omawianego przepisu, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 marca 2020 r. sygn.. akt: KIO 349/20.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń dotyczących spełnienia kryterium równoważności przez ofertowany przedmiot zamówienia. Zdaniem Odwołującego, jeżeli przy ocenie oferty Zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ powinien wezwać danego wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2018 r. sprawa C-14/17. Zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, bowiem Odwołujący zaoferował amunicję treningową barwiącą kal. 9 mm równoważną wobec rozwiązań wymaganych przez Zamawiającego. Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz z naruszeniem art. 91 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust 1 oraz art. 30 ust. 5 ustawy PZP, a także naruszeniem art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup amunicji kal. 9 mm w ramach trzech zadań”. Zamawiający podzielił zamówienia

na 3 zadania. Odwołanie dotyczy części 3 tj. Zadanie nr 3 – amunicja barwiąca kal. 9 mm Parabellum FX w ilości 200.000 szt.

Izba ustaliła, że w pkt IV SIWZ, Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

8. Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych, ilekroć w niniejszej SIWZ przedmiot zamówienia został określony przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia itp. intencją Zamawiającego było przedstawienie „typu” towaru spełniającego wymagania Zamawiającego. W związku z tym, dopuszczalne jest zaoferowanie przez Wykonawcę rozwiązania równoważnego, które zagwarantuje nie gorsze normy, parametry i standardy techniczno-jakościowe oraz funkcjonalne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać w złożonej ofercie, że oferowane przez niego dostawy, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

9. W nawiązaniu do art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Ponadto, należy przyjąć, że wszystkim takim odniesieniom towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Za równoważną zostanie uznana norma potwierdzająca spełnienie minimalnych parametrów określanych w normie wymaganej przez Zamawiającego.

10. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego w zakresie norm, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 2b do SIWZ Zamawiający zawarł Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. W zakresie części 3, Zamawiający wskazał: Do złożonej oferty wykonawca musi dołączyć dokument wydany przez producenta pistoletów GLOCK FX potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z w/wym. Systemem treningowym oraz producenta systemu SIMUNITION potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z w/wym. systemem treningowy.

Izba ustaliła, że Odwołujący skierował do Zamawiającego pytanie o treści: „Czy Zamawiający zaakceptuje dokument wydany przez producenta oferowanej amunicji treningowej barwiącej kal. 9 mm, potwierdzający dopuszczalność do stosowania oferowanej amunicji z pistoletami GLOCK FX oraz systemami treningowymi SIMUNITION do kal. 9 mm?”. Dnia 1 lutego 2021

r. Zamawiający opublikował odpowiedź na powyższe pytanie; „Zamawiający informuje, że nie zaakceptuje dokumentu wydanego przez producenta oferowanej amunicji treningowej barwiącej kal. 9 mm zamawiający podtrzymuje zapis z SIWZ, gdzie wymaga aby Wykonawca do złożonej oferty dołączył dokument wydany przez producenta pistoletów GLOCK FX (...) oraz producenta systemu SIMUNITION”.

Izba ustaliła, że Odwołujący zaoferował w ramach zadania nr 3 amunicja barwiąca kal. 9 mm Parabellum FX w ilości 200.000 szt. Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie producenta pistoletów oraz amunicji treningowej Arex Delta.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w załączniku nr 2b do SIWZ tj. oświadczenia producenta pistoletów GLOCK FX. Zamawiający wskazał, że wykonawca złożył oświadczenia producenta amunicji tj. oświadczenie Arex Delta.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący ponownie przesłał oświadczenie słowackiego producenta amunicji AREX defense z dnia 12 marca 2021 dotyczący amunicji 9x19mm.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z uwagi na fakt, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami Załącznika nr 2b do SIWZ Zamawiający wymagał, aby do złożonej oferty wykonawca dołączył dokument wydany przez producenta pistoletów GLOCK FX, potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z Systemem Treningowym oraz producenta systemu SIMUNITION, potwierdzający jego dopuszczalność do stosowania z Systemem Treningowym, natomiast Odwołujący dołączył do oferty dokument wydany przez producenta oferowanej amunicji treningowej barwiącej kal. 9 mm tj. firmy AREX.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść jest niezgodna ze SIWZ. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy złożyli ofertę niezgodną z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ co do treści oferty. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi postanowieniami SIWZ.

Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w sposób prawidłowy ustalił zakres niezgodności oferty Odwołującego z jasno wskazanymi wymaganiami zawartymi w SIWZ. Po pierwsze Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował niejednoznaczności czy niejasności wymagania zawartego w Załączniku nr 2b SIWZ. Zgodnie z tym wymaganiem każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu został zobowiązany do złożenia oświadczenia producenta pistoletów firmy GLOCK FX oraz producenta systemu Simunition. W toku postępowania przetargowego, Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi na zapytania Odwołującego, wskazując, że nie dopuszcza możliwości zastąpienia ww. oświadczeń, oświadczeniem producenta amunicji oferowanej przez wykonawcę. Treść odpowiedzi Zamawiającego nie było zaskarżona przez Odwołującego. Uznać zatem należy, że Odwołujący miał wiedzę, a przede wszystkim zrozumienie wymagań Zamawiającego dotyczących podmiotów jakie miały wystawić oświadczenia. Po drugie, Izba wskazuje, iż Odwołujący pomija zasadniczą i najistotniejszą okoliczność w analizowanym stanie faktycznym, a mianowicie fakt, że przyczyną odrzucenia jego oferty nie było to, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne nie spełniają wymagań określonych w SIWZ, ale brak przedłożenia wymaganych oświadczeń, co skutkowało niezgodnością złożonej oferty. Po trzecie, Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 3 jest amunicja o określonych parametrach technicznych, wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2b do SIWZ. Rodzaj amunicji nie został określony przez Zamawiającego ani znakiem towarowym, ani pochodzeniem. Izba podkreśla, że przedmiotem zamówienia jest zakup amunicji, nie zaś pistoletów. Zamawiający dopuściła każdy rodzaj amunicji kompatybilny z pistoletami GLOCK FX i systemem Simunition. Jak wskazał Przystępujący, producent broni GLOCK FX na swojej stronie internetowej wymienia szereg producentów amunicji, które może być bezpiecznie używana i jest kompatybilna z jego produktami. Po czwarte, Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

oraz wymagań Zamawiającego, są zarzutami spóźnionymi. Na obecnym etapie postępowania, Izba rozpoznając zarzuty zobowiązana jest rozstrzygnąć o ich zasadności na podstawie SIWZ. Z tych zaś postanowień w sposób jednoznaczny wynika co Zamawiający wymagał od wykonawców, jakiego oświadczenia. Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w dniu 1 lutego 2021 r. w sposób jednoznaczny wyjaśniła zapisy załącznika nr 2b i wymagań Zamawiającego. Na obecnym etapie postępowania, twierdzenia o ograniczeniu konkurencji poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia są twierdzeniami spóźnionymi. Termin zawity 10 dni na wniesienie odwołania co do treści dokumentacji postępowania upłynął i obecnie żądania i zarzuty Odwołującego Izba uznaje za spóźnione. Po piąte, na marginesie Izba wskazuje, że nawet gdyby hipotetycznie zgodzić się z Odwołującym, iż miał prawo powoływać się zapisy zawarte w pkt IV SIWZ dotyczące rozwiązań równoważnych, to i tak sam Odwołujący uchybił wymaganiom określonym w SIWZ, a wynikającym z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanymi regulacjami, możliwość oceny czy określone rozwiązanie proponowane przez wykonawcę może być uznane za równoważne jest dopuszczalne w przypadku, gdy wykonawca powołując się na takie rozwiązania wykaże ich równoważność Zamawiającemu w treści złożonej oferty. Tymczasem, w analizowanym stanie faktyczny, Odwołujący nigdzie nie powołał się, że oferuje rozwiązania równoważne. Próżno szukać takich informacji w treści oferty. Brak jest również takiego oświadczenia wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 marca 2021 r. Wykonawca załączył określony dokument bez jakiegokolwiek oświadczenia co do jego charakteru w zakresie równoważności. Nie jest zadaniem Zamawiającego poszukiwanie równoważności w ofercie wykonawcy. To wykonawca ma obowiązek wskazać i wykazać taką równoważność, w złożonej ofercie. Tego zaś Odwołujący nie uczynił. Dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego tj. sprawozdanie z badań wykonane przez p. K. B. z dnia 24.04.2021, oświadczenie z Firmy Nortech Defence, referencja z dnia 07.02.2020 r. wystawione przez Zamawiającego są po pierwsze dowodami spóźnionymi, bowiem wykonawca miał obowiązek wykazania równoważności w złożonej ofercie, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Po drugie, z uwagi na uznanie przez Izbę, iż przedmiot zamówienia tj. amunicja nie została opisana za pomocą znaku towarowego czy patentu, złożone dowody nie mają znaczenia dla sprawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba uznała decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego za prawidłową. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba wskazuje, że w treści odwołania brak jest jakiegokolwiek argumentacji Odwołującego uzasadniającej naruszenie art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy zaznaczyć, że zgodnie z przywołaną regulacją czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Ustawodawca wymienia przykładowe zachowania, które mogą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wyjaśnił, a tym bardziej nie wykazał, w jaki sposób podnoszone przez niego w odwołaniu okoliczności faktyczne należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia. Zważywszy należy, że samo powołanie przepisu ustawy, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Odwołujący zdaje się upatrywać czynu nieuczciwej konkurencji w przyjętym przez Zamawiającego sposobie oceny złożonej przez niego oferty. Jednakże, jak Izba wskazała, powyżej, działanie Zamawiającego było zgodne z postanowieniami SIWZ, zarzuty zaś podniesione przez Odwołującego dotyczące zakresu wymagań Zamawiającego, Izba uznała za zarzuty spóźnione. Zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Jak Izba wskazała powyżej, zarzuty Odwołującego dotyczące sposoby wykazania określonych właściwości przedmiotu zamówienia są zarzutami spóźnionymi. Twierdzenia Odwołującego w tym

zakresie stanowią próbę zmiany SIWZ na etapie badania i oceny ofert, co, zdaniem Izby, jest niedopuszczalne. Odwołujący znał postanowienia SIWZ, kierował pytania co do zakresu wymagań i nie skorzystał w ustawowym terminie ze środków ochrony prawnej w zakresie ewentualnych zastrzeżeń co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia. Jak również Izba wskazała powyżej, Odwołujący nie wykazał, że przedmiot zamówienia został opisany za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Przedmiotem zamówienia jest amunicja, nie zaś pistolety. Ponadto, Izba wskazuje, na co wskazał Przystępujący, że producent broni GLOCK FX na swojej stronie internetowej wymienia szereg producentów amunicji, która może być bezpiecznie używana i jest kompatybilna z jego produktami. To, że amunicja oferowana przez Odwołującego nie została zawarta w tym katalogu nie oznacza automatycznego naruszenia wskazanych przepisów.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: