

Sygn. akt: KIO 642/16

WYROK
z dnia 16 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2016 r. przez Wykonawcę **LUBAWA S. A., Ostrów Wielkopolski** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komenda Główna Policji w Warszawie,**

przy udziale Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego "Maskpol" S.A. Panki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LUBAWA S. A., Ostrów Wielkopolski** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Wykonawcę **LUBAWA S. A., Ostrów Wielkopolski** 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 642/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Komanda Główna Policji Biuro Finansów Wydział Zamówień Publicznych i Funduszy Pomocowych prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa hełmów odłamkowo – kuloodpornych typu ACH i MICH – w ilości 1700 szt. (+49 szt. do badań) o wartości szacunkowej powyżej 135 000 euro.

Odwołujący LUBAWA S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ocenie złożonych ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, w której zdaniem Odwołującego Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaoferował inny przedmiot zamówienia niż przedmiot zamówienia określony w SIWZ, tj. gdy oferta wybranego wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, naruszenie przez Zamawiającej art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wybrana oferta zawiera cenę rażąco nisko w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wyjaśnienia Wykonawcy, którego oferta została wybrana, co do przyczyn niskiej ceny w ofercie, potwierdzają brak racjonalnego uzasadnienia dla odrzucenia domniemania o zastosowaniu przez tego Wykonawcę rażąco niskiej ceny w jego ofercie w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie w sytuacji, w której w toku postępowania wybrany Wykonawca złożył nieprawdziwe w treści oświadczenia, mające znaczenie dla przebiegu postępowania (wyjaśnienia co do uzasadnienia ekonomicznego ceny z jego oferty), naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego zastosowanie w sytuacji, w której oferta wybranego Wykonawcy jest sprzeczna z przedmiotem zamówienia, a więc gdy sprzeczność lub braki nie dotyczą dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, i pełnomocnictw oraz naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niedopuszczalne preferowanie jednego z uczestników postępowania, umożliwienie mu zamiany wzoru oferowanego produktu, będącego integralną częścią oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie w całości odwołania, unieważnienie dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A. jako oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ, ewentualnie jako oferty z rażąco niską ceną, lub ewentualnie wykluczenie tego

Wykonawcy z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, mających znaczenie dla przebiegu postępowania, ponowne dokonanie wyboru ofert, a w tym wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, ze wzoru hełmu zaproponowanego przez Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., a także m.in. z opinii biegłego w celu ustalenia, czy hełm oferowany przez Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A. po wezwaniu Zamawiającego z dnia 30 marca 2016 r. jest zgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w zakresie rozbieżności ujętych w dokumencie w postaci analizy technicznej wybranej finalnie oferty.

Odwołujący wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza wyłącznie możliwość sanowania braków lub omyłek w wymaganej w SIWZ dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu danego Wykonawcy lub dokonywania drobnych ingerencji w oczywiste omyłki oferty, co do zasady zgodnej z wymaganiami produktu określonymi w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego „MASKPOL” S.A. od samego początku potwierdzała, że nie spełnia minimalnych wymagań technicznych SIWZ, dlatego też tego rodzaju brak nie podlegał korekcie. Nie można przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów Zamawiającego, mogłaby być usunięta, czy uzupełniona, bądź to w drodze wezwania, o którym mowa art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc w rzeczywistości zmiany oferty, bądź jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, złożony wzór nie spełniał wymogów określonych w SIWZ od samego początku i był to brak nieusuwalny. Tego rodzaju braku nie można było usunąć poprzez złożenie zupełnie innego wzoru.

Odwołujący podniósł również, że nawet po dokonaniu zmiany oferty, i tak nie spełnia ona wymogów określonych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego okoliczność tę potwierdza załączona do odwołania analiza techniczna. Niezgodność oferty z treścią SIWZ polegać ma na zaoferowaniu innego przedmiotu zamówienia niż przedmiot zamówienia określony w SIWZ, co jest podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że cena wybranej oferty jest o ponad 40% niższa od wartości przedmiotu zamówienia, co w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnia przyjęcie stanowiska, że jest to cena rażąco niska w rozumieniu przepisów ustawy. Zamawiający, zgodnie powołanym przez Odwołującego przepisem ustawy, wszczął

postępowanie wyjaśniające, które miało doprowadzić do usunięcia tych wątpliwości co do zaoferowanej ceny i zażądał od wybranego oferenta złożenia wyjaśnień. Stosowne wyjaśnienia zostały złożone. Zamawiający uznał je wystarczające, prawdziwe i wiarygodne. Zdaniem Odwołującego, złożone wyjaśnienia oparte są na nieprawdziwych danych i informacjach. Wskazanie nieprawdziwości wyjaśnień powoduje, że zaoferowana cena to cena odbiegająca od cen rynkowych, cena niewiarygodna, a więc rażąco niska cena w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożone wyjaśnienia miały istotny wpływ na przebieg postępowania. Skoro zaś wyjaśnienia te są nieprawdziwe i niewiarygodne, co wyklucza możliwość traktowania ich jako omyłki lub błędu, to oznacza że spełniona jest także przesłanka wykluczenia wybranego wykonawcy, o czym stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego „MASKPOL” S.A. wniósł pismo procesowe. Wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący niezgodności zaproponowanego przez Przystępującego hełmu z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że hełm proponowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań określonych w pkt 3 ppkt 4) Specyfikacji Technicznej, zgodnie z którym hełm musi umożliwiać dopasowanie do kształtu i rozmiaru głowy w zakresie obwodu od 56 cm do 62 cm.

Należy wskazać, że Odwołujący w treści odwołania nie wyjaśnił wyraźnie, czego miałyby dotyczyć niezgodności z treścią SIWZ. Przystępujący wyjaśnił, że przedstawiony przez niego wzór hełmu „jest w pełni zgodny z pkt 9 Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, który w ppkt 3) tego dokumentu przewiduje trzy wymagane przez Zamawiającego rozmiary, odpowiednio: „M” - 56 cm do 58 cm, „L” - 58 cm do 60 cm i „XL” - 60 cm do 62 cm,

jak również z określonym w pkt VII ust. 3.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V SIWZ wymogiem, aby przedłożony wzór był w rozmiarze L. Przedstawiony przez Wykonawcę wzór hełmu w rozmiarze 2 (tj. w tym wypadku właśnie w rozmiarze „L” - 58 cm do 60 cm) odpowiada w całości zawartym w specyfikacji wymaganiom, co potwierdza wprost dołączona do wzoru karta gwarancyjna, jednoznacznie wskazując, że rozmiar „2” jest właśnie rozmiarem „L” w rozumieniu Specyfikacji Technicznej”.

Tym samym należało uznać, że Odwołujący nie wykazał niezgodności z SIWZ hełmu proponowanego przez Przystępującego.

Zamawiający w pkt. 6.2 specyfikacji technicznej postawił wymaganie: „połączenie obejmujące kark użytkownika stanowiące amortyzator wstrząsów (szerokość paska amortyzatora 35-60 mm) umieszczone w tylnej części hełmu, pomiędzy paskami mocującymi i tworzący z nimi literę H. Połączenie musi być ruchome, aby umożliwić wygodne użytkowanie wraz z systemem aktywnej ochrony słuchu typu „nackband”.

Zdaniem Odwołującego, w zaoferowanym przez Przystępującego hełmie połączenie obejmujące kark użytkownika stanowiące amortyzator wstrząsów i umieszczone w tylnej części hełmu, pomiędzy paskami mocującymi nie tworzy z nimi litery „H”. Połączenie nie jest ruchome i nie umożliwia wygodnego użytkowania wraz z systemem aktywnej ochrony słuchu typu „neckband”.

Zdaniem Przystępującego zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny. Przystępujący wskazał, że ww. połączenie jest ruchome o tyle, że boczne paski jedynie przez nie przechodzą, a nie są z nim sztywno połączone. W przypadku wymogu, aby połączenie obejmujące kark użytkownika stanowiące amortyzator wstrząsów umieszczone w tylnej części hełmu, pomiędzy paskami mocującymi, tworzyło z nimi literę „H”, SIWZ nie precyzuje, w jakim ułożeniu ten kształt ma być zapewniony. Specyfikacja nie precyzuje również, które dokładnie elementy (paski) powinny tworzyć wraz z regulatorem (amortyzatorem) taki kształt, w szczególności nie precyzuje, iż chodzi tutaj wyłącznie o paski boczne, a wskazuje ogólnie, iż chodzi o „paski mocujące”. Przystępujący wskazał, że wymagany kształt litery H jest zachowany w momencie założenia hełmu. Wtedy bowiem element regulacyjny (poprzeczny) tworzy z paskami upręży przechodzącymi/mocowanymi przez/do tego elementu, a biegnącymi pionowo, kształt litery „H”.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. W trakcie przeprowadzonych podczas rozprawy oględzin ustalono, że hełm zaproponowany przez Przystępującego zawiera w tylnej części pionowo układające się paski, zaś amortyzator spełnia rolę poprzecznej linii w literze „H”. Postanowienia SIWZ nie zawierały szczególnych wymagań w zakresie dokładności i kąta pomiędzy poszczególnymi elementami, składającymi się na literę „H”, a rozwiązanie

zaproponowane przez Przystępującego spełnia wymagania Zamawiającego. Połączenie jest ruchome.

Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący nie udowodnił okoliczności, że proponowane rozwiązanie nie umożliwi wygodnego użytkownika wraz z systemem aktywnej ochrony słuchu typu „nackband”. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie oględzin z proponowanych przez Przystępującego rozwiązań i powyższy wniosek został uwzględniony. Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił podnoszonej przez niego niezgodności w zakresie proponowanego przez Przystępującego hełmu z wymaganiami SIWZ.

Zgodnie z pkt. 6.2 specyfikacji technicznej, Zamawiający postawił wymaganie: „dwa paski boczne zbliżone kształtem do litery „Y” każdy mocowany do czerepu w dwóch punktach, oraz krótkim paskiem podbródkowym.” Zdaniem Odwołującego, w załączonym przez Przystępującego wzorze hełmu: „dwa paski boczne zbliżone do litery „Y” nie łączą się bezpośrednio z czerepem hełmu, tylko za pośrednictwem amortyzatora wstrząsów oraz dodatkowych pasków”.

Przystępujący uznał zarzut za nieprawdziwy. Wyjaśnił, że dwa paski boczne w zaoferowanym hełmie, wbrew powyższym twierdzeniom, są na stałe i bezpośrednio przymocowane do czerepu, przechodząc jedynie przez amortyzator wstrząsu. Dwa paski boczne, zbliżone kształtem do litery „Y” są bezpośrednio i trwale przymocowane do czerepu i nie łączą się z czerepem za pośrednictwem amortyzatora wstrząsów. We wzorze przedłożonym przez Przystępującego, dwa paski boczne nie są przymocowane do amortyzatora wstrząsów, a jedynie przechodzą przez niego w taki sposób, że regulator może być przesuwany. Końcówki pasków są zatem mocowane nie do ww. regulatora, a bezpośrednio do czerepu hełmu. Przystępujący podkreślił, że Specyfikacja Techniczna nie wymagała, aby paski tworzyły dokładnie literę „Y”, a jedynie, aby kształt ten był do tej litery „zbliżony” i ten wymóg został zachowany.

W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezzasadny.

W trakcie przeprowadzonych podczas rozprawy oględzin z hełmu proponowanego przez Przystępującego ustalono, że dwa paski boczne są zbliżone kształtem do litery „Y” i są bezpośrednio i trwale przymocowane do czerepu, co bezpośrednio oznacza spełnienie wymagań SIWZ. Podkreślić należy, że postanowienia SIWZ nie precyzowały długości ramion w zakresie litery „Y”. SIWZ nie precyzowała także, gdzie dokładnie paski mają być przyłączone do czerepu, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcy. Zatem okoliczność, że pasek boczny przechodzi przez amortyzator wstrząsu, nie może stanowić niezgodności z treścią SIWZ. Pasek boczny jest bowiem do czerepu przymocowany, co spełnia oczekiwania Zamawiającego wyrażone w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w zakresie zarzutów, odnoszących się do pkt. 2 ppkt 2 oraz pkt. 6 ppkt 7 specyfikacji technicznej, brak jest przeprowadzenia rzetelnej oceny na stałość parametrów ochrony i użytkowych hełmu w zakresie temperatur od -40°C do +50°C, brak jest także przeprowadzenia rzetelnej oceny wkładów amortyzująco – rozmiarowych na parametry określone w SIWZ.

Zdaniem Przystępującego, w tym zakresie odwołanie pozbawione jest jakiegokolwiek racjonalnej i zasadnej argumentacji. Zarzut „braku przeprowadzenia rzetelnej oceny” wyrobu, czy to w zakresie stałości parametrów hełmu, czy też wkładów amortyzujących, nie ma żadnego uzasadnienia w treści SIWZ, gdyż Specyfikacja nie wymaga, aby Wykonawca przedstawił wraz z ofertą (próbką) jakiegokolwiek dodatkowe badania, certyfikaty lub atesty. Przedmiotowy zarzut nie zawiera również żadnego uzasadnienia (poza lakonicznym i całkowicie gołosłownym stwierdzeniem ze strony Odwołującego). Trudno zatem zrozumieć, na czym w tym zakresie miałyby polegać niezgodność wyrobu ze Specyfikacją.

Przystępujący podkreślił, że wyrób podlegać będzie rzetelnej i kompleksowej ocenie zgodności ze Specyfikacją techniczną na etapie realizacji umowy (§ 2 ust. 4 projektu Umowy, stanowiącej Załącznik nr 3 do SIWZ oraz ust. VII pkt 3.2 Ogłoszenia o zamówieniu), a oceny tej dokona upoważniony podmiot poprzez certyfikację realizowaną w trybie III OiB, tj. akredytowana jednostka certyfikująca, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa.

W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego. Odwołujący nie wykazał kwestionowanych twierdzeń. Należy zauważyć że Odwołujący nie postawił w tym zakresie zarzutu braku spełnienia wymagań SIWZ. Nie udowodnił także, że hełmy zaoferowane przez Przystępującego nie spełniają tych wymagań. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Sprzeczność taka nie występuje. Z całą pewnością nie została wykazana przez Odwołującego. Odwołujący nie zaprzeczył także, że wyrób podlegać będzie kompleksowej ocenie zgodności ze Specyfikacją techniczną dopiero na etapie realizacji umowy. W świetle powyższego, brak jest podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że Izba nie może uznać za zasadny powyższego zarzutu.

W ocenie Izby nie można także uznać, aby nieprawdziwe były twierdzenia, przedstawione w treści wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego Zamawiającemu, a dotyczących zaferowanej przez Przystępującego ceny.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień (dotyczących ceny zawartej w ofercie) znalazło się twierdzenie Przystępującego, zgodnie z którym: „W efekcie, o ile średnie miesięczne wynagrodzenie w kraju wynosiło 4101 zł brutto w 2014 r. i 4121 zł brutto w 2015 r., w powiecie kłobuckim było ono w tym czasie na poziomie ok. 2870 zł brutto. Aktualnie Spółka zatrudnia 656 pracowników. Średnie wynagrodzenie w Spółce jest zbliżone do średniego wynagrodzenia w powiecie.” Zdaniem Odwołującego, jest to stwierdzenie nieprawdziwe, gdyż: „Zgodnie z ostatnim dostępnym sprawozdaniem finansowym (za 2014 rok), koszty wynagrodzeń wyniosły 28285542,87 zł, co przy liczbie pracowników podanej przez Maskpol, tzn. 656, daje średnie wynagrodzenie na poziomie 3593 zł, a więc wyższym aż o 25% od podanego przez Spółkę. W obliczu takich rozbieżności konieczne jest uzyskanie od Maskpol informacji o kosztach wynagrodzeń za 2015 r. oraz średniorocznym zatrudnieniu w 2015 r. Pozwoli to wyliczyć rzeczywiste średnie wynagrodzenie w Maskpol.”

Przystępujący wskazał, że Odwołujący powołuje się na dane wynikające ze sprawozdania finansowego za 2014 rok, a zatem obejmującego łączne koszty wynagrodzeń wraz z wypłatami zysku. Przystępujący wskazał, że w zakresie istotnym dla określenia ceny w niniejszym postępowaniu przyjął wysokość średniego wynagrodzenia dla pracowników bezpośrednio produkcyjnych. Wysokość tego wynagrodzenia wynosi za rok 2015 - 2.820,59 zł, a zatem - tak jak wskazał Przystępujący w treści swoich wyjaśnień - jest zbliżona do średniego wynagrodzenia w powiecie (2.870 złotych brutto), a nawet od niego nieco niższa.

W ocenie Izby zarzut nie jest zasadny. Użycie pojęcia, iż średnie wynagrodzenie w spółce jest „zbliżone” do średniego wynagrodzenia w powiecie nie jest precyzyjne na tyle, że nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że jest to nieprawda. „Zbliżony” nie oznacza „dokładnie taki sam”. Nadto, nie jest wiadomo, jaka jest różnica pomiędzy dwoma wartościami. Jest to na tyle nieostre sformułowanie, że nie sposób stwierdzić, że przedstawiono informację nieprawdziwą. Nadto, jak zauważył Przystępujący, podane informacje odnoszą się do kosztów produkcji. Zgodnie z przedstawioną przez Przystępującego tabelą (załączoną do odwołania), wynagrodzenie w dziale kosztów produkcji wyniosło 2820,59 zł, a zatem jest zbliżone do średniego wynagrodzenia w powiecie.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny, znalazło się stwierdzenie: „(...) koszty zapewnienia gwarancji..., przyjmując, że będą one marginalne w stosunku do wartości zamówienia”. Zdaniem Odwołującego zdanie to jest niespójne z ostatnimi informacjami o dużej reklamacji na hełmy produkowane przez

Przystępującego. Odwołujący podał link do strony internetowej, zawierającej publikację w tym temacie.

Przystępujący w piśmie procesowym odnosząc się do kwestii kosztów zapewnienia gwarancji, podtrzymał stanowisko, że będą one na marginalnym poziomie. Zauważył, że Odwołujący mylnie założył, że zgłoszone przez Inspektorat Uzbrojenia uwagi do dostarczonych przez Wykonawcę hełmów, oznaczają automatycznie zgłoszenie roszczeń gwarancyjnych. Tak zdaniem Przystępującego nie jest, gdyż wyrób dostarczony przez Przystępującego był w pełni zgodny ze specyfikacją techniczną przedstawioną przez ww. Zamawiającego. Okoliczność, iż wymogi tego Zamawiającego spowodowały, że hełmy nie są aktualnie w pełni ergonomiczne w użytkowaniu, nie może obciążać Przystępującego, a ewentualne modyfikacje ww. wyrobów nie będą realizowane w trybie gwarancyjnym.

W ocenie Izby zarzut nieprawdziwej informacji jest niezasadny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie są jasne i potwierdzone okoliczności, na które powołał się Odwołujący. Nie przedstawił ani żadnych szczegółów dotyczących informacji (łącznie z brakiem przedstawienia artykułu), na którą się powoływał, ani też nie udowodnił okoliczności wskazywanej w publikacji. Nie wiadomo zatem, ani czego dotyczy informacja, ani też, czy zawarte w publikacji informacje są prawdziwe. Nie wiadomo także, w jaki sposób informacja, na którą powołał się Odwołujący, łączy się z oferowanym w niniejszym postępowaniu produktem. Odwołujący powołał się prawdopodobnie na zupełnie inne postępowanie i a priori złożył, czego nie dowiódł, że dostarczane hełmy w niniejszym postępowaniu są niezgodne z SIWZ i konieczna będzie ich wymiana. Tym samym nie wiadomo nawet, co i dlaczego należy uznać za informacje nieprawdziwą.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Przystępujący podał informację: „Planowana sprzedaż hełmów w 2016 dla Sił Zbrojnych RP to 15 000 szt.” Odwołujący wskazał, że nie jest to prawdziwa informacja, gdyż: „Zgodnie z postępowaniem nr referencyjny IU/239/X-39/UZ/NEG/DOS/K/2011 na dostawę wojskowych hełmów wz. 2005 do Inspektoratu Uzbrojenia w roku 2016 r. MASKPOL dostarczy 3275 kpl + 301 (opcja). Na dzień dzisiejszy nie ma nowych przetargów na dostawę hełmów do MON.”

Przystępujący wskazał, że w jego ocenie nie można uznać, że powyższe stwierdzenie jest sprzeczne z prawdą i dlatego stanowi podstawę do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z zapisu wyraźnie wynika bowiem, że w tym zakresie chodzi o pewien przyjęty przez Przystępującego plan (założenie), nie zaś o potwierdzone dane. Przystępujący w żadnym wypadku nie odwołał się bowiem do faktu, że w tym zakresie posiada już jakąkolwiek umowę na ten i kolejne lata, a jedynie, że w sposób uzasadniony

takiej umowy może się spodziewać, a w konsekwencji winien już na tym etapie przygotowywać się do jej realizacji na poziomie organizacyjnym, w tym związanym z określonymi zakupami.

W ocenie Izby zarzut nieprawdziwej informacji także w tym zakresie jest bezzasadny. Za nieprawdziwą informację można uznać tylko informację konkretną i precyzyjną. Okoliczność, że Przystępujący zrobił pewne założenia, nie może stanowić podstawy zarzutu. Pojęcie o planach, założeniach, nie oznacza potwierdzonych danych. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że w żadnym wypadku nie odwołał się on do faktu, że w tym zakresie posiada już jakąkolwiek umowę na ten i kolejne lata, a jedynie, że w sposób uzasadniony takiej umowy może się spodziewać, a w konsekwencji winien już na tym etapie przygotowywać się do jej realizacji na poziomie organizacyjnym, w tym związanym z określonymi zakupami.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Przystępujący podał informację: „Umowę wieloletnią na dostawę hełmów wz. 2005 z MON, realizowaną w 2016, a obejmującą dostawę 300 hełmów, oparto na cenie 1088,55 zł brutto.” Zgodnie z uwagami Odwołującego: „Zgodnie z postępowaniem nr referencyjny IU/239/X-39/UZ/NEG/DOS/K/2011 na dostawę wojskowych hełmów wz. 2005 do Inspektoratu Uzbrojenia w roku 2016 r. MASKPOL dostarczy 3275 kpl + 301 (opcja) po cenie 1137,75 zł brutto. Cena 1088,55 zł brutto obowiązywała w roku 2015 r.”

Przystępujący wskazał, że prawdą jest, że umowę wieloletnią (zawartą w roku 2015, a realizowaną także w roku 2016) oparto na cenie 1.088,55 zł. Taka cena obowiązywała jako cena wyjściowa (na datę zawarcia umowy). W kwestionowanym fragmencie wyjaśnień, Przystępujący nie wskazał, że ww. cenę stosował także w 2016 roku. Podkreślił, że zgodnie z umową, cena 1.137,75 zł faktycznie została przewidziana na rok 2016, a więc podpisując umowę w 2015 roku założono na kolejne lata wzrost cen na skutek inflacji. Należy jednak wskazać, że zgodnie z Komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 15 stycznia 2016 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2015 r. (Dziennik Urzędowy RP z dnia 21 stycznia 2016 roku, poz. 73), „średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2015 r. w stosunku do 2014 r. wyniósł 99,1 (spadek cen o 0,9%)”. Powyższe oznacza, że gdyby nie uprzednio (z góry) zapisana w umowie waloryzacja ceny na rok 2016, przewidziana w umowie cena na 2015 - z ekonomicznego punktu widzenia całkowicie zachowuje swoją zasadność i racjonalność.

Izba uznała zarzut nieprawdziwej informacji za bezzasadny. Należy zauważyć, że Przystępujący nie wskazał, że cena 1.088,55 zł jest ceną, za którą realizuje do Inspektoratu Uzbrojenia dostawę hełmów w roku 2016, a jedynie, że umowę na dostawę hełmów oparto na tej cenie. Zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego, którym Odwołujący nie zaprzeczył, umowa na dostawę hełmów ma charakter wieloletni i została podpisana w roku 2015. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, zgodnie z którymi wobec wieloletniego okresu dostaw hełmów, założono wzrost cen w kolejnych latach realizacji umowy w stosunku do roku 2015, w którym umowa została podpisana i w którym kalkulowana była cena dostaw hełmów. Jednakże wobec faktu, że roku 2015 nastąpił spadek cen towarów i usług (deflacja), założona w umowie waloryzacja ceny nie powinna doprowadzić do jej wzrostu, a tym samym zachowuje aktualność pierwotnie kalkulowana cena hełmów.

Nadto w ocenie Izby, podana informacja została przedstawiona jedynie jako pogląd o realizowanych umowach. Jako taka, pośród innych powołanych umów, nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem nie miał zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z artykułu tego wynika, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, gdy przedstawił informację nieprawdziwą, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Przystępujący przedstawił szereg innych informacji potwierdzających szacowaną cenę za realizację zamówienia.

W ocenie Izby nie jest zasadny zarzut braku odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę.

Przystępujący w treści wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny, przedstawił kalkulację. Wskazał w niej na koszty poszczególnych materiałów, z jakich wykonany jest hełm. Odwołujący nie zaprzeczył, jak również nie przedstawił dowodów przeciwnych, zatem nie można uznać, aby nie było możliwe wykonanie hełmu za wskazaną w wyjaśnieniach cenę. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał także, że realizował wykonanie hełmów za cenę zbliżoną do zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Przedstawił konkretne zamówienia w tym zakresie. Wskazał także na okoliczność niższego wynagrodzenia pracowników w powiecie, w którym znajduje się zakład produkcyjny Przystępującego, jak również dofinansowania, które otrzymuje, co wpływa na możliwość zaoferowania korzystniejszych cen.

Nie ma zatem podstaw, by podważać wiarygodność złożonych i zaakceptowanych przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego, skoro cena wskazana w ofercie jest wynikiem kalkulacji i uwzględnia wszystkie elementy, związane z należyтым wykonaniem zamówienia.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący nieprawidłowego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy podkreślić, że wymogiem Zamawiającego było, aby wykonawcy do ofert załączyli proponowany hełm. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, miał to być wzór oferowanego hełmu. Jednakże należy zauważyć, że treść SIWZ nie określa, w jakim celu ten wzór hełmu miałby zostać załączony do oferty. SIWZ nie przewiduje żadnej dodatkowej procedury związanej z prowadzeniem testów przedstawionych przez wykonawców wzorów hełmów lub też oceny tych wzorów. Przedstawienie hełmu miało więc charakter poglądowy. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że ewentualna niezgodność wzoru hełmu z postawionymi przez Zamawiającego wymogami, zwłaszcza niezgodność tak nieznaczna i drobna, jak w przypadku hełmu oferowanego przez Przystępującego, powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Hełm przysłany przez Przystępującego (jako kolejny) w drodze uzupełnienia, był identyczny z pierwotnym. W ocenie Izby, różnił się jedynie nieistotnym drobnym elementem. Nieistotnym dlatego, że wewnętrzne kółka będące zabezpieczeniem mocowania, znajdowały się wewnątrz hełmu i w ogóle nie były elementem obowiązkowym, wymaganym przez SIWZ. Dość wskazać, że hełm zaoferowany przez Odwołującego takiego elementu w ogóle nie posiada. Niezgodność dotyczyła tylko i wyłącznie koloru tych niewielkich, znajdujących się wewnątrz hełmu elementów, co w żaden sposób nie wpływa na poprawność zaoferowanego przedmiotu zamówienia, który, jak wskazano wyżej był wzorcem, nie zaś dostarczanym, gotowym produktem. Niewykluczone, że w przypadku, gdyby przedmiot zamówienia przedstawiony został w formie dokładnego opisu załączonego do oferty, to zawierający ten opis dokument mógłby podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego Izba uznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty za bezzasadne.

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. W ocenie Izby, dowód ten należy uznać za zbędny i zmierzający do przedłużenia postępowania. Należy zauważyć, że oceny zgodności oferowanego produktu z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego dokonuje Zamawiający. Ciężar wykazania niezgodności i wadliwości czynności Zamawiającego leży po stronie Odwołującego. W trakcie rozprawy miały miejsce oględziny hełmów, zatem Odwołujący miał pełną możliwość wykazania, gdzie występuje ewentualna niezgodność z SIWZ, a także miał możliwość odniesienia się do stanowisk Zamawiającego i Przystępującego.

Nadto, Odwołujący nie wskazał z jakiej dziedziny i w jakim zakresie miałby zostać przeprowadzony dowód, nie podał również żadnych okoliczności/wiadomości specjalnych, które w ramach tego dowodu miałyby zostać stwierdzone. Konieczność powołania dowodu z

opinii biegłego występuje wtedy, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga posiadania wiadomości specjalnych. Odwołujący nie wyjaśnił, jakie wiadomości specjalne miałby posiadać biegły, z jakiej dziedziny/w jakim zakresie należałoby przeprowadzić opinię, a przede wszystkim nie jest wiadome, jaki jest cel przeprowadzenia tego środka dowodowego. Przystępujący wskazał, że wyrób podlegał będzie ocenie zgodności ze specyfikacją techniczną, a oceny tej dokona upoważniony podmiot (certyfikacja wyrobu przeprowadzana jest przez jednostkę certyfikującą, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów „przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....