

**Sygn. akt: KIO 1027/17**

**WYROK**

**z dnia 31 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 maja 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 maja 2017 r.** przez wykonawcę **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno** w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

przy udziale wykonawcy **I. M. zamieszkałej przy ul. Safony 7, 99-300 Warszawa, I. M. zamieszkałej przy ul. Safony 7, 99-300 Warszawa, M. M. zamieszkałego przy ul. Safony 7, 99-300 Warszawa** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: **MMC Consulting s.c., ul. Safony 7, 99-300 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1027/17 w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 30 b ust. 4, art. 29 ust. 2 w zw. z art. 30 b ust. 3, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 29 ust. 3, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zakresie dotyczącym zadania 1 oraz art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zakresie dotyczącym określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,**

2. w pozostałym zakresie, tj. naruszenia przywołanych w pkt 1 sentencji zarzutów, dotyczących zadania 1 odnośnie podtrzymanego żądania usunięcia z SIWZ sformułowania: „niezależna od producenta instytucja badawcza (...)”, „(...) akredytowana w kraju producenta lub w Polsce (akredytacja PCA)”, „Badania zostaną przeprowadzone na zlecenie i koszt Wykonawcy”, jak i dotyczących zadania 2, oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1027/17,

3. kosztami postępowania obciąża **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno** na rzecz **3 Regionalnej Bazy Logistycznej, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę fabrycznie nowych taśm łączących i lin wychwytyjących do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK-12™ SMARTARREST® oraz BAK12™ P-IV PORTARREST® produkcji ESCO”, numer sprawy: 84/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 091-179738 z 12.05.2017 r., przez Regionalną Bazę Logistyczną ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków zwane dalej: „Zamawiającym”. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”.

W dniu 22.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. M. Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno zwana dalej: „Odwołującym” albo „Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o.” wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.05.2017 r. (e-mailem). Niniejszym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 30b ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego dostawcę i utrudniający uczciwą konkurencję, przez ustalenie obowiązku dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia wyników badań niezależnej od producenta instytucji badawczej o profilu lotniczym, akredytowanej w kraju producenta taśm lub w Polsce w przypadku braku posiadania przez wykonawcę oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu;

2) art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 30b ust. 3 Pzp, poprzez ustalenie wymogu przedstawienia odpowiedniego certyfikatu, poświadczającego wyniki badań oferowanych taśm, wydanego przez niezależną od producenta instytucję badawczą o profilu lotniczym, akredytowaną w kraju producenta taśm lub w Polsce, bez możliwości przedstawienia wyników badań wydanych przez inne instytucje badawcze, co w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję;

3) art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia\* w sposób wskazujący na konkretnego dostawcę i utrudniający uczciwą konkurencję, przez ustalenie obowiązku

uzyskania oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar (liny) może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu;

4) art. 29 ust. 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w taki sposób który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnych wykonawców, tym samym doprowadzając do uprzywilejowania i wyeliminowania wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia;

5) art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez wymaganie wykazania się doświadczeniem w realizacji dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia, w tym z określeniem producenta urządzeń, do których dostarczane były taśmy i/lub liny, a w konsekwencji w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

6) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości. Wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez: a) zmianę zapisów:

- rozdz. III pkt 3 lit. b załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno- technicznych dla taśm) poprzez usunięcie sformułowania „o profilu lotniczym”;

- § 7 ust. 5 lit. f załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy) poprzez usunięcie sformułowania „niezależną od producenta instytucję badawczą o profilu lotniczym” i zastąpienie go sformułowaniem „instytucję badawczą” oraz zmianę zdania 2 „Badania zostaną przeprowadzone na zlecenia i koszt Wykonawcy” na następujące „Badania zostaną przeprowadzone na zlecenie Wykonawcy lub producenta”

- rozdz. IV pkt 3 załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla lin) poprzez dodanie sformułowania „lub zaświadczenia instytucji badawczej, potwierdzającej spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań określonych w niniejszej specyfikacji technicznej oraz załączonej dokumentacji technicznej”;

- dołączenie do załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla lin) dokumentacji technicznej dla lin, w celu ich weryfikacji przez instytucję badawczą;

- w rozdz. VI lit. A ust. 1 SIWZ oraz w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu sformułowania: „dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia” na „dostaw, których

przedmiotem były części/podzespoły do systemu awaryjnego hamowania samolotów BAK-12"

b) oraz usunięcie:

- lit. a w rozdz. III pkt 3 załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno- technicznych dla taśm) oraz w rozdz. III pkt 3 lit. b załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla taśm) sformułowania „w przypadku braku ww. oświadczenia producenta,";
- lit. e w § 7 ust. 5 załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy);
- pkt 3 w rozdz. IV załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno- technicznych dla lin);
- w rozdz. VI lit. A ust. 1 SIWZ oraz w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu sformułowania: „Za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla obydwu zadań zamawiający będzie uznawał wyłącznie dostawy taśm i/lub lin do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK-12™ SMARTARREST® i/lub BAK-12™ P-IV PORTARREST® produkcji ESCO zainstalowanych i użytkowanych na wybranych lotniskach sił zbrojnych RP."

Odwołujący podkreślił, że nie wnosi o wykreślenie wymogu przeprowadzania badań w ogóle, żąda jedynie usunięcia sformułowania "niezależnej od producenta i o profilu lotniczym.

3) nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli okaże się to niezbędne.

II.I. Zadanie 1 (taśmy łączące, nylonowe do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12™) - Nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, tj. rozdz. III ust. 3- 4 SIWZ w zw. z rozdz. III pkt 3 lit. b załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagania eksploatacyjno-techniczne) w zw. z § 7 ust 5 lit. f załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy) dotyczące ustalenia obowiązku dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia wyników badań niezależnej od producenta instytucji badawczej o profilu lotniczym, akredytowaną w kraju producenta taśm lub w Polsce w przypadku braku posiadania przez wykonawcę oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu. Zamawiający w przywołanych postanowieniach SIWZ i jej załączników dokonał opisu przedmiotu zamówienia, w tym wymogów dotyczących przedstawienia dokumentów potwierdzających jakość oferowanych i dostarczanych taśm do urządzeń BAK-12™ firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439). Zgodnie z przywołanymi postanowieniami, Zamawiający wymaga aby na 10 dni przed dostawą taśm wykonawca przedstawił wyniki przeprowadzonych badań potwierdzające spełnienie przez taśmy normy MIL-W-38461C oraz WET stanowiących załącznik nr 2a do SIWZ, wykonane przez niezależną od producenta instytucję badawczą

o profilu lotniczym, akredytowaną w kraju producenta taśm lub w Polsce (akredytacja PCA). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w szczególności zaakceptuje oświadczenie producenta urządzeń BAK-12™, czyli firmy ZODIAC- ESCO, zamiast wyników niezależnej od producenta instytucji badawczej o profilu lotniczym, akredytowanej w kraju producenta taśm lub w Polsce. Co istotne Zamawiający różnicował sytuację wykonawców, którzy będą dysponowali oświadczeniem producenta urządzeń BAK-12™, nie wymagając od nich wyników badań potwierdzających spełnianie przez taśmy normy MIL-W-38461C oraz WET, od sytuacji wykonawców, którzy takiego oświadczenia nie otrzymają. Tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia w sposób wyraźny ukazuje preferowanie przez Zamawiającego wykonawców/dostawców, którzy są przedstawicielami firmy ZODIAC-ESCO. Jasne bowiem jest, iż ZODIAC-ESCO rywalizujące na rynku systemów hamowania statków powietrznych nie wystawi oświadczenia o możliwości zastosowania taśm w jego urządzeniach BAK-12™ dla konkurencyjnych produktów. Nie istnieje żaden prawny obowiązek wydawania takich oświadczeń. Wobec tego każdy inny wykonawca niż dystrybutor taśm tego producenta będzie zobowiązany przeprowadzić na własny koszt badania potwierdzające spełnianie przez taśmy normy MIL-W-38461C. Obowiązkiem Zamawiającego podczas przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia jest także rozważenie sytuacji producentów, niekoniecznie będących wykonawcami. Przywołał wyrok KIO z 31.01.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 134/17 oraz wyrok KIO z 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 285/09, gdzie w tym ostatnim uznano, iż utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu niemal wszystkich potencjalnych producentów. A właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu. W niniejszej sytuacji poza widocznym różnicowaniem wykonawców, kolejnym istotnym aspektem jest rzeczywiste wyłączenie możliwości wykazania przez wykonawcę innego niż tego posiadającego oświadczenie producenta urządzeń BAK-12™, czyli firmy ZODIAC-ESCO, spełnienia norm MIL-W-38461C oraz WET w sposób określony w § 7 ust.5 lit. f Wzoru umowy i rozdz. III pkt lit. b Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla taśm. Zamawiający wymaga od takiego wykonawcy przeprowadzenia badań potwierdzających spełnienie przez taśmy normy MIL-W-38461C oraz WET wykonanego przez niezależną od producenta instytucję badawczą o profilu lotniczym, akredytowaną w kraju producenta taśm lub w Polsce (akredytacja PCA). Określenie jednostki badawczej w sposób przyjęty przez Zamawiającego wyklucza *de facto* możliwość weryfikacji jakości taśm i wykonanie zamówienia. W Polsce nie istnieje bowiem żadne laboratorium o profilu lotniczym, które posiada akredytację PCA w zakresie przywołanej normy. Co więcej taśmy to sprzęt tekstylny, a zatem charakter lotniczy nie jest w tej sytuacji w żaden sposób uzasadniony. Podobnie rzecz się ma w innych europejskich krajach. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że już wcześniej dostarczał taśmy

dla jednostek wojskowych w Polsce. Dla przykładu, Odwołujący w dniu 8.06.2015 r. zawarł umowę nr 330/JW4228/26/2015 z Jednostką Wojskową nr 4228 z siedzibą w Krakowie przy ul. Montelupich 3. Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż obecnie kwestionowana umowa jest podobna do umowy z 2015 r. W umowie tej w ówczesnym czasie zamawiający nie wymagał natomiast, by badania przeprowadziła instytucja badawcza o profilu lotniczym niezależna od producenta. Badaniem taśm przed ich dostarczeniem zajmował się wtedy laboratorium producenta, a zatem laboratorium od niego zależne, co zostało następnie potwierdzone odebraniem ich przez Zamawiającego. Taśmy wówczas spełniały wszystkie wymagania Zamawiającego, przeszły przez odbiór RPW i GQA i co warte podkreślenia zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Pozytywny odbiór taśm do urządzeń BAK-12™ (NCAGE-21439) produkcji ZODIAC-ESCO stanowi dowód tego, że Odwołujący jest w stanie dostarczyć Zamawiającemu odpowiedni produkt, zgodny z obowiązującymi normami. Wymagania ustalone w niniejszym Postępowaniu dla przedmiotu zamówienia, a odnoszące się do konieczności potwierdzenia jego jakości poprzez przekazanie wyników badań niezależnej od producenta instytucji badawczej o charakterze lotniczym wyłączają udział wszystkich wykonawców, którzy oferują urządzenia inne, tj. nie posiadających oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™. Wymóg, aby badania były przeprowadzone przez instytucję niezależną od producenta taśm, jest wymogiem nadmiernym i nie znajdującym oparcia w obowiązujących przepisach a w szczególności nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Ponadto, zgodnie z art. 30b ust. 4 Pzp, Zamawiający musi akceptować nie tylko certyfikaty wydawane przez jednostki oceniające zgodność lub sprawozdania z badań, ale także inne środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie. W § 7 ust. 1 lit. a i b Wzoru umowy Zamawiający wyraźnie wskazał, że dostarczenie przedmiotu umowy musi być poprzedzone, w przypadku Wykonawcy krajowego, odbiorem jakościowym, dokonanym przez wskazane Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe (RPW), a w przypadku Wykonawcy zagranicznego z krajów należących do NATO - rządowym zapewnieniem jakości GQA, zgodnie z postanowieniami porozumienia standaryzacyjnego NATO STANAG 4107 oraz sojuszniczej publikacji zapewnienia jakości AQAP 2070. Wobec tego nad poprawnością przebiegu procesu badań ma czuwać przedstawiciel Rządowego Zapewnienia Jakości (GQA), którego przeprowadzenie zapewni dokładne sprawdzenie przedmiotu zamówienia na zgodność z odpowiednią normą MIL oraz kompatybilność z systemem BAK-12, zabezpieczając w wystarczający sposób interes Zamawiającego. Takie czynności weryfikacyjne są wystarczające i nie stanowią dla wykonawców nadmiernych warunków, ograniczających ich udział w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w rozdz. III ust. 3-4 SIWZ w zw. z rozdz. III pkt 3 lit.

b załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagania eksploatacyjno-techniczne) w zw. z § 7 ust. 5 lit. f załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy) stanowi przejaw preferowania konkretnego producenta oraz istotne naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż ustalenie wymogu przedstawienia badań niezależnej od producenta instytucji badawczej o profilu lotniczym, akredytowanej w kraju producenta taśm lub w Polsce (akredytacja PCA) narusza art. 30b ust 3 Pzp, który nakazuje akceptować przez Zamawiającego również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Jeżeli instytucje badawcze o profilu innym niż lotniczy, są w stanie stwierdzić zgodność z normami MIL-W-38461C oraz WET, to Zamawiający zobowiązany jest traktować je tak samo, jak takie poświadczenia wydane przez jednostki badawcze o profilu lotniczym. We wszystkich przypadkach instytucje te badają ten sam zakres wymagań. Dlatego też ograniczanie zakresu instytucji badawczych do tych o profilu lotniczym jest nieuzasadnione. Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż w § 7 ust 5 lit. f załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy) Zamawiający wymaga, żeby badania zostały przeprowadzone na zlecenie i koszt Wykonawcy. Przedmiotowy wymóg nie znajduje uzasadnienia, z uwag na to iż badania takie mogą być przeprowadzone na zlecenie zarówno wykonawcy, jak i producenta taśm. W związku z powyższym wnosimy o zmianę tego wymogu poprzez dopuszczenie, aby badania były przeprowadzone na zlecenie Wykonawcy lub producenta taśm.

II.2. Zadanie 2 (liny stalowe wychwytyjące wraz z krążkami podpierającymi do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12™) - Nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, tj. rozdz. III ust. 3-4 SIWZ w zw. z rozdz. IV pkt 3 załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagania eksploatacyjno-techniczne) w zw. z § 7 ust. 5 lit. e załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy) dotyczące ustalenia obowiązku dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu. Zgodnie z przywołanymi zapisami SIWZ i jej załączników liny stalowe wychwytyjące wraz z krążkami podpierającymi do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12™ muszą zostać potwierdzone odbiorem jakościowym polegającym w szczególności na przekazaniu oświadczenia producenta BAK-12™, firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczone liny wychwytyjące mogą być zastosowane w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu. Odwołujący wskazuje, iż w odniesieniu do tych lin nie istnieją normy, regulujące wymagania dotyczące ich konstrukcji. Pozostali wykonawcy, tj. oferujący liny produkowane przez producenta innego niż producent urządzeń BAK-12™, mogą zatem przedstawić Zamawiającemu deklaracje zgodności z jego specyfikacją techniczną, a Zamawiający będzie mógł to podczas odbioru zweryfikować. Natomiast żądanie, aby ci wykonawcy uzyskali od



firmy ZODIAC-ESCO oświadczenie, potwierdzające, że dostarczone liny wychwytyjące mogą być zastosowane w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu w rzeczywistości wyklucza ich udział. Zamawiający ograniczył niniejsze zamówienie do wykonawców, którzy takie oświadczenie firmy ZODIAC-ESCO posiadają lub będą posiadać. Oczywistym jest, iż ZODIAC-ESCO rywalizujące na rynku systemów hamowania statków powietrznych nie wystawi oświadczenia o możliwości zastosowania lin w jego urządzeniach BAK-12™ dla konkurencyjnych produktów/wykonawców. Jeżeli Zamawiający wymaga więc potwierdzenia, iż wszystkie parametry lin oferowanych przez innych producentów są nie gorsze, od oferowanych przez wykonawców, którzy będą dysponowali oświadczeniem ZODIAC-ESCO, to powinien umożliwić wykonawcom weryfikację tego warunku poprzez udostępnienie konkretnych wymagań, rysunków technicznych, pozostałej dokumentacji technicznej. Na etapie dostawy lin, ich weryfikacji mogłaby dokonać, jak w przypadku taśm, niezależna instytucja badawcza. Tak sformułowany wymóg nie tylko zapewni pełną zgodność oferowanych lin z wymaganiami Zamawiającego, ale także zapewni dostateczną konkurencję w postępowaniu.

II.3 Zadania 1 i 2 - ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający w rozdz. VI lit. A ust. 1 SIWZ (oraz w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu) ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wskazanie na konieczność wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w realizacji dostaw odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Tak ukształtowany warunek nie budziłby wątpliwości, gdyby Zamawiający nie skonkretyzował, co będzie rozumiał przez dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (Pole „Uwaga!” w rozdz. VI lit. A ust. 1 SIWZ). Zamawiający wskazał, że za takie dostawy uzna wyłącznie dostawy taśm i/lub lin do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK-12™ SMARTARREST® i/lub BAK-12™ P-IV PORTARREST® produkcji ESCO zainstalowanych i użytkowanych na wybranych lotniskach sił zbrojnych RP. Taki opis warunku udziału w postępowaniu w sposób rażąco narusza naczelne zasady systemu zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż wskazuje na obowiązek legitymowania się doświadczeniem w dostawach towarów dla konkretnych urządzeń, konkretnego producenta. Na rynku istnieje kilku producentów systemów awaryjnego hamowania samolotów, w tym urządzeń BAK-12. Natomiast Zamawiający formułując kwestionowany warunek udziału w postępowaniu określił wymagane jako doświadczenie dostawy w sposób tożsamy z przedmiotem zamówienia. Ustalenie kryteriów i minimalnego poziomu wymagań w sposób „proporcjonalny” powinno być uzasadnione przede wszystkim celem warunków, określonym w art. 22 ust. 1a Pzp, a więc powinno być podyktowane dążeniem do zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia w sposób

należy przy jednoczesnym zapewnieniu niedyskryminującego dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Ustalając minimalny poziom zdolności zamawiający powinien przede wszystkim ocenić, czy przyjęty poziom wymaganych kompetencji nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawcom zdolnym do zrealizowania zamówienia. Opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób, w jaki tego dokonał Zamawiający, stanowi naruszenie Pzp, gdyż warunek ten nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy mają niezbędny potencjał i doświadczenie w postaci dostawy taśm i lin do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK-12, produkcji ESCO zainstalowanych i użytkowanych na wybranych lotniskach sił zbrojnych RP. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. 1-12169, wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei ETS w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. 1-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu. Tak dokonany opis warunku udziału w postępowaniu, nie tylko zawężył w sposób nieuzasadniony krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ale i ogranicza możliwość złożenia oferty tylko przez podmioty związane z producentem - firmą ESCO. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiając naruszył wskazane w petitum przepisy Pzp, naruszając jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Co istotne, Zamawiający zróżnicował sytuację wykonawców posiadających oświadczenie producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu oraz wykonawców nieposiadających takiego oświadczenia. W pierwszej sytuacji badania nie są wymagane, w drugiej zaś posiadania takich badań się wymaga. Dodatkowo, na co warto zwrócić uwagę w doktrynie przyjmuje się, że uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą ograniczać potencjalny krąg wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robót budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada

proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości, iż żadne obiektywne, uzasadnione potrzeby nie usprawiedliwiają zaskarżonych wymagań Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że dla uznania naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 Pzp wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, co Odwołujący uczynił w niniejszym odwołaniu.

Zamawiający w dniu 23.05.2017 r. (opublikowanie na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez I. M. zamieszkała przy ul. Safony 7, 99-300 Warszawa, . M. zamieszkała przy ul. Safony 7, 99-300 Warszawa, M. M. zamieszkała przy ul. Safony 7, 99-300 Warszawa prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: MMC Consulting s.c., ul. Safony 7, 99-300 Warszawa zwana dalej: „*MMC Consulting s.c.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 29.05.2017 r. (e-mailem), a w dniu 30.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

A. KWESTIE WSPÓLNE DLA LIN I TAŚM. W ocenie Zamawiającego dla prawidłowego rozstrzygnięcia 'niniejszego postępowania koniecznym jest wyjaśnienie Izbie czym są systemy BAK - 12™ i do czego one służą. Systemy BAK - 12™ są to urządzenia awaryjnego hamowania samolotów. Urządzenia te zostały dostarczone do Polski w latach 2004 - 2005, w ramach programu pomocowego NSIP (NATO Security Investment Programme) przystosowania 5 polskich Baz Wojskowych (Bazy Lotnicze: Świdwin, Malbork, Mirosławiec, Poznań, Łask) do wymagań NATO. Urządzenia te zostały zmodernizowane przez firmę ESCO w latach 2014-2016 do wersji SMARTARREST®, według autorskiej dokumentacji producenta. Zamawiający nie miał wpływu na pierwotny wybór otrzymanych przez Polskę urządzeń, gdyż były one narzucone przez NATO, Urządzenia awaryjnego hamowania samolotów, są krytycznym elementem wyposażenia lotnisk koniecznym do zapewnienia bezpieczeństwa życia pilotów jak i statków powietrznych o znacznej wartości, dlatego też są każdorazowo sprawdzane, pod względem posiadania i ważności certyfikatów, przez Siły Powietrzne NATO i USA przed użytkowaniem), np. w trakcie wspólnych ćwiczeń, lub planowych przylotów i korzystania z wybranych lotnisk na terenie RP - jest to tzw. interoperacyjność sojusznicza systemów. Są więc ostatnim urządzeniem, który może

ochronić zdrowie i życie załogi statku powietrznego oraz zapobiec utracie mienia dużej wartości podczas awaryjnego przebiegu startu lub lądowania. Podejmując decyzję o wykorzystaniu w sytuacji awaryjnej omawianych urządzeń, dowódca statku powietrznego zakłada, że pozostaje ono w pełnej gotowości eksploatacyjnej jak i sprawności technicznej i zapewni zgodne z oczekiwaniami zatrzymanie samolotu.

Kolejne urządzenia awaryjnego hamowania typu BAK - 12™ P-IV PORTARREST® (urządzenia mobilne) Siły Zbrojne RP zakupiły w 2007 roku. Te urządzenia zostały wyprodukowane zostały wg specjalnej konfiguracji dla polskich SZ, Prawa autorskie do dokumentacji posiada firma ESCO. Urządzenia te po każdej naprawie, wychwyceniu samolotu czy też modernizacji są certyfikowane przez producenta i ten wymóg musi być bezwzględnie spełniany przez Siły Zbrojne RP. Najmniejszą, nawet niepewność, co do gotowości eksploatacyjnej urządzeń awaryjnego hamowania samolotów oraz ich sprawności technicznej, nie pozwala na dopuszczenie ich do eksploatacji. W takim przypadku urządzenia są wyłączane % eksploatacji a załogi statków powietrznych otrzymują informację w meldunku NOTAM, że lotnisko nie posiada takich urządzeń.

Ponadto podkreślił, że urządzenia awaryjnego hamowania samolotów zostały zaklasyfikowane jako wyrób przeznaczony na potrzeby obronności państwa zgodnie z *Rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwo (Dz. U. z 2013r., poz. 136)*. Taśmy i liny wychytujące, będące przedmiotem zamówienia są istotnymi elementami warunkującymi poprawne działanie urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK - 12™, stąd też Zamawiający musi mieć pewność, że będą one kompatybilne z zamontowanym na lotnisku urządzeniem.

**B.TAŚMY**. W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, że po analizie odwołania dokonał zmian w dokumentacji przetargowej w ten sposób, że:

1. w załączniku nr 2a do SIWZ (*Wymagania Eksploatacyjno - Techniczne dla taśm*), w rozdziale III pkt. 3 wprowadził nową treść, usuwając sformułowanie „o profilu lotniczym”;
2. w załączniku nr 4 do SIWZ (*mm umowy*) § 7 - ust. 5 lit. f, również wprowadził nową treść, usuwając sformułowanie „o profilu lotniczym” odnośnie instytucji naukowo - badawczej;
3. w rozdziale IV lit. A ust. 1 SIWZ oraz w sekcji III 1.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zmienił zapis odnośnie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.
4. W załączniku nr 2 a do SIWZ, w rozdziale IV pkt. 3 zmienił brzmienie dotychczasowego zapisu odnośnie wyników badań.

Taśmy będące przedmiotem zamówienia są. wprawdzie wyrobem tekstylnym, jak podnosi Odwołujący, jednak są to wyroby o szczególnych właściwościach i przeznaczeniu

(co potwierdza określenie ich normą). Taśmy mają za zadanie przekazać energię kinetyczną kołującego awaryjnie samolotu na absorbery energii urządzenia hamującego. W opinii Zamawiającego wymóg charakteru lotniczego instytucji badawczej znajduje tu uzasadnienie. Zlecane do Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych w Warszawie, w latach ubiegłych badania (m. in taśm. dostarczanych w 2015 roku przez Odwołującego) wykazały, że w kraju tylko jedno laboratorium posiada maszyny na których można przeprowadzić badania wytrzymałościowe przedmiotowych taśm. Jednakże dla zachowania pełnej konkurencyjności w składaniu ofert zapis o lotniczym charakterze jednostki badawczej został usunięty, Zamawiający odstąpił jednak od usunięcia zapisu o „niezależnej instytucji badawczej”, gdyż nie leży to w interesie strony wojskowej a jedynie Odwołującego, nie może więc zostać uwzględniony. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z zapisami, iż w § 7 ust. 1 lit. a i b wzoru umowy, nad poprawnością przebiegu procesu badań ma czuwać przedstawiciel Rządowego Zapewnienia Jakości (GQA), zgodnie z postanowieniami porozumienia standaryzacyjnego NATO STANAG 4107 oraz sojuszniczej publikacji zapewnienia jakości AQAP 2070. Jednak wyraźnie zostało wskazane, że odbiór jakościowy w przypadku Wykonawcy krajowego, odbywa się w oparciu o wskazane Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe, Odwołujący jest Wykonawcą krajowym, który zarejestrował swoją działalność na terenie RP, W związku z czym nie jest możliwe zastosowanie zapisów AQAP 2070 czy NATO STANAG 4107.

Zgodnie z zapisami ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z dnia 19 grudnia 2006 r.) obowiązki związane z potwierdzeniem zgodności przedmiotu zamówienia z wymogami Zamawiającego spoczywają po stronie dostawcy, a nie producenta. Dlatego też Zamawiający, będzie wymagał, aby badania zlecane były przez Wykonawcę umowy a nie producenta taśm. Po dokonaniu zmian w zapisach treści SIWZ oraz załącznikach do niej Zamawiający wymaga od wszystkich Wykonawców przeprowadzenia badań potwierdzających spełnianie przez dostarczane taśmy MIL-W-38461G. W związku z czym umożliwił złożenie oferty szerszemu kręgowi podmiotów, niż ten wnioskowany przez Odwołującego,

C. LINY. Zamawiający wskazuje, że w zakresie zarzutów dotyczących lin, Odwołujący całkowicie pominął fakt, że owe liny mają być użyte nie do jakichkolwiek urządzeń BAK - 12, ale wyłącznie do urządzeń BAK - 12™ wyprodukowanych przez ESCO i zamontowanych na konkretnie wskazanych lotniskach. Stąd też właśnie wymagane załączenie oświadczenia producenta urządzeń BAK - 12™, że oferowane części zamienne -w tym przypadku liny wraz z krążkami mogą być stosowane bez uszkodzenia systemu, bądź obniżenia jego sprawności. Podkreślić należy także, że nie istnieje w zakresie lin wraz z krążkami żadna norma, z której wynikałyby określone wymagania jakie owa lina ma spełniać. Zastosowany wymóg przedstawienia dokumentu potwierdzającego przydatność dostarczonych lin do pracy

w urządzeniach BAK - 12™ jest zabezpieczeniem przed dostawą produktów przypadkowego pochodzenia o nieznanymi parametrach technicznych. Biorąc zaś pod uwagę niezaprzeczalny fakt, że w przypadku dostarczenia lin niekompatybilnych z urządzeniem zamontowanym na lotnisku bądź złej jakości, zachodzi zagrożenie spowodowania katastrofy w mchu lotniczym, trudno zatem dziwić się Zamawiającemu, że wymaga dostarczenia produktów najwyższej jakości, które ponad wszelką wątpliwość zagwarantują bezpieczeństwo pilotom i mieniu podczas lądowania na lotniskach wojskowych, bądź w przypadku sytuacji awaryjnego przerwania startu,

Ponadto oznaczenia i parametry lin przedstawiono w oparciu o dokumentację techniczną producenta „OM-9D0U054 Podręcznik obsługi, Zespół liny hakowej” Wydanie: październik 1096, poprawione październik 2001 Dokumentacja ta stanowi własność firmy ZODIAC - ESCO, natomiast Zamawiający nie dysponuje dokumentacją konstrukcyjno - technologiczną, na podstawie której mogłaby być dokonana weryfikacja dostarczonych lin.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że ESCO odmówi wydania zaświadczenia, o którym mowa powyżej w przypadku gdy liny będą pochodzić z produkcji innego - bliżej nieokreślonego. w. odwołaniu producenta, jeżeli zostaną wykonane zgodnie z jego specyfikacją techniczną,

Analogia wskazana przez Odwołującego jest nieadekwatna. Zamawiający nie wymaga od Wykonawców, żeby dostarczyli części wyprodukowane tylko przez jedną konkretnie wskazaną firmę, Zamawiający jedynie, mając na uwadze życie i zdrowie pilotów oraz. bezpieczeństwo mienia wymaga, żeby dostarczone liny, obojętnie przez jaki podmiot wyprodukowane, posiadały zaświadczenie od producenta urządzeń, w których będą montowane, że nie spowodują one obniżenia parametrów użytkowych tegoż- urządzenia, a co za tym idzie nie narażą życia i zdrowia pilotów.

Zamawiający wskazuje także, że z uwagi na fakt, że liny będące przedmiotem zamówienia mają być montowane- wyłącznie w urządzeniach wyprodukowanych przez firmie ESCO, wymaga zaświadczenia tylko od producenta tychże urządzeń. Gdyby liny miały być montowane na innych lotniskach, gdzie będzie zamontowany inny system awaryjnego hamowania samolotów pochodzący od innego producenta, wówczas wymagałby zaświadczenia wydanego przez tego, innego producenta.

Zamawiający wskazuje, że ocena tego, czy żądane w postępowaniu dokumenty bądź wymagania są niezbędne należy do Zamawiającego nie zaś do Odwołującego, Opinia Odwołującego ma charakter subiektywny, natomiast Zamawiający kieruje się interesem związanym z obronnością i bezpieczeństwem państwa - w tym między innymi bezpieczeństwem pilotów oraz ochroną mienia znacznej wartości jakim są statki powietrzne. Ponadto przedmiotem zamówienia są taśmy i liny do konkretnych systemów awaryjnego hamowania samolotów BAK - 12™ SMARTARREST® oraz BAK - 12™ P-IV

PORTARREST®, w związku z czym muszą one spełniać konkretne wymagania w przypadku taśm jest to norma MIL-W-38461C, natomiast w przypadku lin, z uwagi na brak norm, wymagane jest oświadczenie producenta urządzeń, że dostarczone liny mogą być eksploatowane na urządzeniu bez obniżenia jego parametrów technicznych, co daje Zamawiającemu pewność, że urządzenie będzie spełniało swoje zadanie, a także zostanie certyfikowane zgodnie z wymaganiami producenta,

Zamawiający w maksymalnie możliwy sposób uwzględnił narzuty Odwołującego, dokonując stosownych zmian w Ogłoszeniu, SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ (WET, wzór umowy oraz druk oferta), jednak nie może w sposób bezkrytyczny spełniać wymagań potencjalnych Wykonawców, pomijając względy bezpieczeństwa ludzi i mienia znacznej wartości.

Taśmy określone wymogami normy amerykańskiej M.IL-W-38461C mają być poddane badaniom przez niezależną jednostkę badawczą w celu potwierdzenia, że parametry wynikające z przytoczonej normy są zachowane i ten element wyposażenia urządzenia awaryjnego hamowania samolotów może być zastosowany z pełną świadomością, że w przypadku zaistnienia sytuacji krytycznej (awaryjne lądowanie samolotu lub jego wychwycenie na skutek nie wzniesienia się z pasa startowego) spełni ono swoją rolę,

W przypadku lin brak jest unormowań zarówno polskich jak i zagranicznych. Parametry techniczne określone zostały w dokumentacji producenta, a Siły Zbrojne RP nie posiadają dokumentacji konstrukcyjno - technologicznej, na podstawie której mogłaby być dokonana weryfikacja dostarczonych lin, więc jedynym zabezpieczeniem dla Zamawiającego jest sprawdzenie ich jakości" przez producenta urządzeń BAK™ 12™ SMARTARREST® oraz BAK - 12™ P-IV PORTARREST®, tj. firmę ZODIAC - ESCO i wydanie stosownego oświadczenia, że takie liny można bezpiecznie zamontować na urządzeniach bez obniżania ich parametrów technicznych.

W przypadku zamontowania na urządzeniach lin i taśm o niesprawdzonych parametrach i wystąpieniu katastrofy lub zdarzenia lotniczego, Zamawiający jako organ zaopatrujący w te elementy wyposażenia urządzeń - poddany będzie postępowaniu prokuratorskiemu z pełnymi konsekwencjami karnymi w tym zakresie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności pierwotną treść ogłoszenia o zamówieniu, jak i postanowień SIWZ, druku oferty, Wymagań Eksploatacyjno- Technicznych – tj. nowy zał. Nr 2a i 2 b, wzoru umowy. Dodatkowo Izba dopuściła również dowód w postaci wyjaśnienia oraz zmiany treści SIWZ, jak i zmiany ogłoszenia o zamówieniu z 29.05.2017 r. opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego (przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie).

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu, tj. sprostowanie opublikowane w wyniku zmian postanowień SIWZ z 29.05.2017 r. – wysłane do publikacji 29.05.2017 r.,
- 2) potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia nowego SIWZ z 29.05.2017 r.,
- 3) nowy druk oferta z 29.05.2017 r.,
- 4) nowa kopia Wymagań Eksploatacyjno- Technicznych – tj. nowy zał. Nr 2a i 2 b do SIWZ z 29.05.2017 r.,
- 5) nowa kopia wzoru umowy z 29.05.2017 r.

Izba wzięła pod uwagę również powołane przez Zamawiającego i złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie: ustawę z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z dnia 19 grudnia 2006 r., Nr 235 poz. 1700 z późn. zm.) oraz rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwo (Dz. U. z 2013r., poz. 136).

Zamawiający podczas rozprawy okazał sprawozdanie Nr 5/24/16 z badania dostawy Odwołującego z 2015 r. w Instytucie Techniki Wojsk Lotniczych (nie stanowiło dowodu – brak egzemplarza dla strony i Przystępującego).

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) pismo PCA z 22.05.2017r.,



- 2) protokół przyjęcia i przekazania nr 31/INFR p565, wraz z protokołem przyjęcia z 02.11.2015r.,
- 3) protokół odbioru nr 38/MEGMAR/2015,
- 4) dokumentem wydania, czyli WZ 001510/15,
- 5) komplet dokumentów dostarczonych wraz z taśmami na zgodność z wymaganiami jakościowymi, technicznymi i ilościowymi na zgodność z normą oraz wymaganiami w zakresie gwarancji,
- 6) korespondencję e-mailową, z której wynika, że na terenie Wielkiej Brytanii nie ma jednostki która mogłaby zrealizować badania oczekiwane przez Zamawiającego dotyczy - wykreślenia „niezależnie od producenta” oraz oczekiwania Zamawiającego, aby była to jednostka akredytowana PCA lub w kraju producenta.

W poczet materiały dowodowej weszły również złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- 1) wydruki ze strony internetowej co do historii BAK-12 ze strony ESCO,
- 2) przykładowy certyfikat ESCO w oryginale i tłumaczeniu oraz wykaz prac koniecznych do certyfikacji/akredytacji (FAT),
- 3) wydruk wraz z tłumaczeniem odnośnie oferowanego systemu odnośnie operacyjności z F-35A – amerykański myśliwiec,
- 4) dokument będący korespondencją między Stanami a Arabią Saudyjską z 17.10.2016 r. odnośnie systemu ESCO-ZODIAC w oryginale i tłumaczeniu,
- 5) tłumaczenie z języka angielskiego i w oryginale ogłoszenia o przetargu /procedura otwarta/ z Wielkiej Brytanii z 2014 r. /2014/S 188-332633/,
- 6) wyciąg z Instrukcji Sił Powietrznych USA z 30.03.2012 r. /oryginał wraz z tłumaczeniem/

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie zawierające m.in. uwzględnienie częściowe, jak i pismo procesowe Przystępującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 30b ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego dostawcę i utrudniający uczciwą konkurencję, przez ustalenie obowiązku dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia wyników badań niezależnej od producenta instytucji badawczej o profilu lotniczym, akredytowanej w kraju

producenta taśm lub w Polsce w przypadku braku posiadania przez wykonawcę oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu;

2) art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 30b ust. 3 Pzp, poprzez ustalenie wymogu przedstawienia odpowiedniego certyfikatu, poświadczającego wyniki badań oferowanych taśm, wydanego przez niezależną od producenta instytucję badawczą o profilu lotniczym, akredytowaną w kraju producenta taśm lub w Polsce, bez możliwości przedstawienia wyników badań wydanych przez inne instytucje badawcze, co w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję;

3) art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia\* w sposób wskazujący na konkretnego dostawcę i utrudniający uczciwą konkurencję, przez ustalenie obowiązku uzyskania oświadczenia producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ZODIAC-ESCO (NCAGE 21439), że dostarczony towar (liny) może być zastosowany w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu;

4) art. 29 ust. 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w taki sposób który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnych wykonawców, tym samym doprowadzając do uprzywilejowania i wyeliminowania wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia;

5) art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez wymaganie wykazania się doświadczeniem w realizacji dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia, w tym z określeniem producenta urządzeń, do których dostarczane były taśmy i/lub liny, a w konsekwencji w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

6) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości. Wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez: a) zmianę zapisów:

- rozdz. III pkt 3 lit. b załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno- technicznych dla taśm) poprzez usunięcie sformułowania „o profilu lotniczym”;

- § 7 ust. 5 lit. f załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy) poprzez usunięcie sformułowania „niezależną od producenta instytucję badawczą o profilu lotniczym” i zastąpienie go sformułowaniem „instytucję badawczą” oraz zmianę zdania 2 „Badania zostaną

przeprowadzone na zlecenia i koszt Wykonawcy" na następujące „Badania zostaną przeprowadzone na zlecenie Wykonawcy lub producenta”

- rozdz. IV pkt 3 załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla lin) poprzez dodanie sformułowania „lub zaświadczenia instytucji badawczej, potwierdzającej spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań określonych w niniejszej specyfikacji technicznej oraz załączonej dokumentacji technicznej”;
- dołączenie do załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla lin) dokumentacji technicznej dla lin, w celu ich weryfikacji przez instytucję badawczą;
- w rozdz. VI lit. A ust. 1 SIWZ oraz w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu sformułowania: „dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia” na „dostaw, których przedmiotem były części/podzespoły do systemu awaryjnego hamowania samolotów BAK-12”

c) oraz usunięcie:

- lit. a w rozdz. III pkt 3 załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla taśm) oraz w rozdz. III pkt 3 lit. b załącznika nr 2a do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla taśm) sformułowania „w przypadku braku ww. oświadczenia producenta,”;
- lit. e w § 7 ust. 5 załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy);
- pkt 3 w rozdz. IV załącznika nr 2b do SIWZ (Wymagań eksploatacyjno-technicznych dla lin);
- w rozdz. VI lit. A ust. 1 SIWZ oraz w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu sformułowania: „Za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla obydwu zadań zamawiający będzie uznawał wyłącznie dostawy taśm i/lub lin do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK-12™ SMARTARREST® i/lub BAK-12™ P-IV PORTARREST® produkcji ESCO zainstalowanych i użytkowanych na wybranych lotniskach sił zbrojnych RP.” Odwołujący podkreślił, że nie wnosi o wykreślenie wymogu przeprowadzania badań w ogóle, żąda jedynie usunięcia sformułowania "niezależnej od producenta i o profilu lotniczym.

3) nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli okaże się to niezbędne.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. W dniu 29.05.2017 r. Zamawiający działając zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp dokonał zmiany treści SIWZ: *„Zmiana siwz w zakresie przekraczającym zmiany dokonane w następstwie udzielonych powyżej wyjaśnień polega na:*

*1. zmianie dotychczasowych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj:*

- treść rozdz. VI, lit. A pkt. 1 siwz w brzmieniu: „W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał iż posiada doświadczenie w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

**Uwaga!**

Za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla obydwu zadań zamawiający będzie uznawał wyłącznie dostawy taśm i/lub lin do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK – 12™ SMARTARREST® i/lub BAK-12™ P-IV PORTARREST® produkcji ESCO zainstalowanych i użytkowanych na wybranych lotniskach sił zbrojnych RP. Minimalny, poziom zdolności wymagany przez zamawiającego w zakresie powyższego warunku to **wykazanie** przez wykonawcę (poprzez złożenie w tym zakresie oświadczenia a następnie przedstawienie dowodów) **należytego wykonania** w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy jednej dostawy **odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia** o wartości nie mniejszej niż

- dla zadania nr 1 – 180 000,00 zł
- dla zadania nr 2 – 100 000,00 zł

W przypadku gdy wykonawca złoży ofertę na obydwa zadania wartość zrealizowanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia nie może być mniejsza niż suma kwot odpowiadających poszczególnym zadaniom, w zakresie których realizację zamówienia wykonawca oferuje.

**zmienia się na :**

W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał iż posiada doświadczenie w realizacji dostaw których przedmiotem były liny, taśmy do systemu awaryjnego hamowania samolotów BAK-12.

Minimalny, poziom zdolności wymagany przez zamawiającego w zakresie powyższego warunku to **wykazanie** przez wykonawcę (poprzez złożenie w tym zakresie oświadczenia a następnie przedstawienie dowodów) **należytego wykonania** w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy jednej dostawy **lin, taśm do systemu awaryjnego hamowania samolotów BAK-12** o wartości nie mniejszej niż

- dla zadania nr 1 – 180 000,00 zł
- dla zadania nr 2 – 100 000,00 zł

W przypadku gdy wykonawca złoży ofertę na obydwa zadania wartość zrealizowanej dostawy nie może być mniejsza niż suma kwot odpowiadających poszczególnym zadaniom, w zakresie których realizację zamówienia wykonawca oferuje.

2. zmianie treści następujących załączników do siwz:

– **załącznik nr 2a do SIWZ – Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (zadanie nr 1 – taśmy)**

– w całości wykreśla się pkt. III ppkt. 3) a i b - w jego miejsce wprowadza się nowy pkt. 3 i nadaje się mu brzmienie: „Dla każdego egzemplarza dostarczonych taśm mają być przeprowadzone badania potwierdzające spełnienie przez taśmy normy MIL-W38461C oraz niniejszych WET, wykonane przez niezależną instytucję badawczą akredytowaną w kraju producenta taśm lub w Polsce – akredytacja PCA”

– w całości wykreśla się pkt. IV ppkt. 3) - w jego miejsce wprowadza się nowy pkt. pkt. IV ppkt. 3) i nadaje się mu brzmienie: „Wyniki badań (w języku oryginalnym i polskim) dla każdego egzemplarza taśmy stwierdzające spełnienie przez taśmy wymogów normy MIL-W38461C oraz niniejszych WET”

– **załącznik nr 4 do SIWZ – Wzór umowy:**

– wykreśla się w całości dotychczasową treść **§ 7 ust. 5 lit. e** i wprowadza się nową treść **§ 7 ust. 5 lit. e** w brzmieniu: „Oświadczenie producenta urządzeń BAK-12™ tj. firmy ESCO (NCAGE 21439), że dostarczone liny mogą być stosowane w urządzeniu bez obniżenia jego parametrów eksploatacyjnych i bezpieczeństwa podczas wychwycenia samolotu”.

– wykreśla się w całości dotychczasową treść **§ 7 ust. 5 lit. f** i wprowadza się nową treść **§ 7 ust. 5 lit. f** w brzmieniu: „wyniki przeprowadzonych badań potwierdzające spełnienie przez taśmy normy MIL-W-38461C oraz WET stanowiących załącznik nr 2 do niniejszej umowy, wykonane przez niezależną od producenta instytucję badawczą, akredytowaną w kraju producenta lub Polsce (akredytacja PCA). Badania zostaną przeprowadzone na zlecenie i koszt Wykonawcy. Sprawozdanie z badań Wykonawca dostarczy Zamawiającemu oraz wskazanemu RPW na 10 dni przed planowaną dostawą. Sprawozdanie powinno zawierać: informacje o zlecającym badania (którym powinien być Wykonawca) oraz jednostce naukowo – badawczej, która prowadziła badania (zwłaszcza informację o posiadaniu akredytacji w kraju producenta taśm lub w Polsce - PCA), wyniki badań, parametry techniczne oraz jednoznaczne oświadczenie jednostki prowadzącej badania, iż taśmy spełniają wymagania normy MIL-W-38461C. Badania mają na celu potwierdzenie spełniania przez dostarczane taśmy normy MIL-W-38461C”. (...)

#### **ZMIANA OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU : (...)**

Zamawiający informuje, iż powyższe zmiany **treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia** w zakresie przekraczającym zmiany dokonane w następstwie udzielonych powyżej wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DZ. Urz. UE w dniu 12.05.2017r. pod nr 2017/S 091-179738. W związku z powyższym zamawiający, działając zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 2 przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu

29.05.2017 r. sprostowanie do ogłoszenia o zamówieniu.”.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający uwzględnił w ramach uwzględnienia częściowego część zarzutów i związanych z nimi wniosków o zmianę postanowień SIWZ, a w postępowaniu nie było zgłoszonego częściowego sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego – art. 186 ust. 3a, 4 i 4a Pzp.

Odwołujący sprecyzował na posiedzeniu, iż podtrzymuje zarzut w zadaniu 1, tj. w zakresie taśm co do tego, że na chwilę obecną nie ma instytucji badawczej, tak w kraju producenta, jak i w Polsce, która miałaby stosowną akredytację oczekiwaną przez Zamawiającego. W zakresie zachowania obowiązku przeprowadzenia stosownych badań na wniosek i koszt wykonawcy, a nie producenta. Wyjaśnia, że podtrzymane zarzuty, mają one związek z kwestią tego rodzaju, iż Zamawiający oczekiwał instytucji badawczej niezależnej od producenta. W zakresie zadania 2 - tzn. lin stalowych podtrzymuje w całości swoje odwołanie. Wyjaśnił, że po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie wystarczyłoby jedynie usunąć z załącznika nr 2b części IV pkt 3 sformułowanie firmy „ZODIAK ESCO (NCAGE21439)”, jak również usunięcie znaku towarowego „TM” po słowach BAK-12.

W zakresie podtrzymanych na posiedzeniu zarzutów dotyczących zadania 1, Izba oddała zarzuty, a w konsekwencji podtrzymuje postanowienia SIWZ z uwzględnieniem modyfikacji dokonanych czynności z 29.05.2017 r. przez Zamawiającego w wyniku częściowego uwzględnienia. Uznając zarazem, że w wyniku dokonanych zmian brak jest przedmiotu sporu w tym zakresie. Odnośnie kwestii zarzutów podtrzymanych, tj. wnioskowanych dalszych zmian, tj. usunięcia wymogu: „niezależna od producenta instytucja badawcza”, „Badania zostaną przeprowadzone na zlecenie i koszt Wykonawcy”, „(...) akredytowana w kraju pochodzenia lub w Polsce (akredytacja) PCA”. W tych wypadkach, Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie i wynikające z nich wnioski są nieuzasadnione. Rozprawa bowiem potwierdziła, że wobec dokonanych w zakresie przedmiotu sporu zmian nowy element nałożono w równym zakresie w żaden sposób nie naruszając wskazanych w petitum odwołania przepisów. Nadto, w ocenie Izby, pozostawione wymogi mieszczą się w gestii Zamawiającego, jako gospodarza postępowania i są uzasadnione przedmiotem i charakterem zamówienia oraz istniejącymi uwarunkowaniami, jak i ciągle podwyższanymi wymogami bezpieczeństwa w zakresie życia i zdrowia pilotów. Zachowanie sformułowanych

przez Zamawiającego wymogów pozwoli na uzyskanie wyników badań niezależnych od producenta, z instytucji badawczej mającej stosowną akredytację w zakresie wynikającym z oświadczenia złożonego na rozprawie przez Zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający wskazał wprost instytucję badawczą spełniającą wymóg niezależności od producenta i posiadającą stosowną akredytację w oczekiwanym zakresie – tj. Instytutu Techniczny Wojsk Lotniczych w Warszawie. Stwierdził, że chodzi o akredytację w zakresie badanie produktu gotowego (zaferowanego/dostarczonego), tak jak miało to miejsce w 2015 r. pod względem wytrzymałości, wymiaru geometrycznego, elastyczności oraz wyglądu zewnętrznego.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę wiążący charakter oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie oraz fakt, że na rozprawie uczestniczyli istniejący konkurencji na rynku w Polsce, Izba nie nakazywała doprecyzowania w zakresie akredytacji, uznając, za wiążące oświadczenie Zamawiającego usankcjonowane niniejszym orzeczeniem. Należy także zauważyć, że zarzut de facto ograniczał się tylko do akredytacji PCA w Polsce. Dowód złożony przez Odwołującego pismo PCA z 22.05.2017r. Zawiera w sobie odwołanie do innego pisma, które nie zostało złożone (zadanego pytania) w konsekwencji Izba nie uznała niniejszego dowodu mimo, że formalnie zaliczonego w poczet materiału dowodowego, za wiarygodnego i rozstrzygającego na korzyść strony powołującej się na niego.

Izba także podzieliła argumentację prawną przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, co do konieczności przeprowadzenia takiego badania na zlecenie Wykonawcy, jak i jego koszt. W tym ostatnim wypadku, jednoznacznie Zamawiający oświadczył, że zdaje sobie sprawę, że koszty z tym związane zostaną w kalkulowane w cenę ofertową i jest gotowy za to „zapłacić”.

Odnosnie zarzutów dotyczących zadania 2, Izba oddaliła zarzuty i wnioski Odwołującego uznając, że są nieuzasadnione. Należy zauważyć, że biorąc pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez Przystępującego, a w szczególności złożone tłumaczenie z języka angielskiego i w oryginale ogłoszenie o przetargu /procedura otwarta/ z Wielkiej Brytanii z 2014 r. /2014/S 188-332633/, jak i dokument będący korespondencją między Stanami a Arabią Saudyjską z 17.10.2016 r. odnośnie systemu ESCO-ZODIAC w oryginale i tłumaczeniu, istnieje daleko idące niebezpieczeństwo negatywnych konsekwencji w wypadku braku akceptacji producenta systemu. W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, w tym zakresie uzasadnionych charakter wymogu. Izba wzięła pod uwagę brak w odróżnieniu od zadania 1 w zadaniu 2 – tj. lin stosownych norm, co uniemożliwia zastosowanie podobnego rozwiązania jak w zadaniu 1. Nadto, Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nawet nie podjął próby uzyskania takiej akceptacji od producenta systemu ESCO-ZODIAC. Założenie negatywne Odwołującego nie zostało nawet uprawdopodobnione

jakimkolwiek dokumentem trzecim np. odmowy wobec innego Wykonawcy pozytywnej weryfikacji. Izba wzięła pod uwagę również istniejące uwarunkowania nie tylko w zakresie braku norm i wyłączności producenta systemu, ale fakt, że jakiekolwiek zakwestionowanie sprawności technicznej wyłączy cały system z eksploatacji, co dotyczyłoby 5 Polski Baz. Kwestia wymogów gwarancyjnych nie była objęta zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba nie wzięła pod uwagę zgodnie z wnioskiem Odwołującego, argumentacji z rozprawy Zamawiającego, opartej na okazanym sprawozdaniu Nr 5/24/16 z badania dostawy Odwołującego z 2015 r. w Instytucie Techniki Wojsk Lotniczych, zakwestionowanej z uwagi na brak dokumentu dla strony przeciwnej. Izba nie wzięła pod uwagę także argumentacji Odwołującego, co do analogicznego charakteru zamówień z lat poprzednich 2013 i 2015 r. biorąc pod uwagę dokonaną modyfikację systemu alarmowego hamowania w 2015/2016 r. tak stacjonarnego, jak i mobilnego, uznając że systemy te z roku na rok podlegają ciągłemu podwyższeniu w zakresie wymogów bezpieczeństwa. Potwierdzają, to coroczne testy i cykliczna procedura certyfikacji systemu. Nadto, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu np. SIWZ celem porównania, potwierdzającego że dane techniczne z poprzedniego postępowania są analogiczne z danymi technicznymi aktualnie obowiązującymi w postępowaniu, ograniczył się jedynie do oświadczenia (dotyczy tak zadania 1, jak i 2).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Z kolei, jak wynika z art. 186 ust.



6 pkt 4 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,
- b) zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 2 sentencji, w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, zostały one oddalone. Wypełniona została zatem dyspozycja przepisu art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....