

Sygn. akt: KIO 1746/20

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o., ul. Płk. Kazimierza Leskiego 9, 01-485 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

2. Regionalna Baza Logistyczna, ul. Marsa 110 04-470 Warszawa, przy udziale wykonawcy Heli Factor sp. z o.o., ul. Lektykarska 4a, 01-687 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o., ul. Płk. Kazimierza Leskiego 9, 01-485 Warszawa, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o., ul. Płk. Kazimierza Leskiego 9, 01-485 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o., ul. Płk. Kazimierza Leskiego 9, 01-485 Warszawa, na rzecz zamawiającego: 2. Regionalna Baza Logistyczna, ul. Marsa 110 04-470 Warszawa stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1746/20

Uzasadnienie

Zamawiający: 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

w przedmiocie: „Projekt dostawa, instalacja i uruchomienie lotniskowych automatycznych meteorologicznych AWOS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.02.2020 r.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana przez Zamawiającego w dniu 16 lipca 2020 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że na dzień zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty obarczone było ono niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na obiektywnej niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w określonym przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia terminie, tj. do 30.11.2020 r.;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie podrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Heli Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Heli Factor”), podczas gdy treść tej oferty w zakresie oferowanego sprzętu i jego parametrów technicznych nie odpowiada treści SIWZ, i w związku z tym zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Heli Factor jako oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że w związku z zaskarżonymi czynnościami, uszczerbku doznaje interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty nie pozbawia go legitymacji czynnej do wniesienia odwołania ani nie powoduje braku przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, nawet jeśli interes ten może zostać

zrealizowany dopiero w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślił, że interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, należy rozumieć w sposób szeroki, czyli nie ograniczając się wyłącznie do interesu w dniu wniesienia odwołania, co potwierdza stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 5 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1556/16), a także TSUE w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich. Odwołujący wskazał, że interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania jest tym bardziej uzasadniony, że jeden z zarzutów dotyczy zaistnienia obiektywnej niemożliwości wykonania zamówienia w terminie określonym w SIWZ, a więc przyczyny, uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.

A. Zarzut dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania unieważnienia postępowania, pomimo że na dzień zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, obarczone było ono niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ określił, iż wymaga, aby objęte postępowaniem zamówienie gwarantowane dotyczące Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie i Centralnego Poligonu Lotniczego w Nadarzewicach zostało wykonane w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, tj. liczby dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia 30.11.2020 r. (w zależności od tego, który z ww. terminów upływa wcześniej).

Wykonawcy, którzy w złożonych ofertach określili następujące terminy realizacji zamówienia gwarantowanego:

a) ELEKTROT1M.S.A. - 176 dni kalendarzowych;

b) Heli Factor sp. z o.o. - 180 dni kalendarzowych;

c) Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o. - 200 dni kalendarzowych;

- co wskazuje, że wykonawcy zadeklarowali, iż na wykonanie zamówienia gwarantowanego będą potrzebowali ok. 6 miesięcy. Na dzień złożenia ofert (06.04.2020 r.) data końcowa wykonania zamówienia określona przez Zamawiającego, tj. 30.11.2020 r., przypadała po terminie zagwarantowanym przez każdego z wykonawców.

W dniu 16.07.2020 r. (zawiadomienie o wynikach postępowania), określony w ofercie Heli Factor termin wykonania zamówienia gwarantowanego przypadał po dacie 30.11.2020 r., a zatem zgodnie z SIWZ, obowiązującym terminem zakończenia przedmiotowego zamówienia jest dzień 30.11.2020 r. Odwołujący wskazał na marginesie, że zamówienie opcjonalne - z którego Zamawiający również może skorzystać - musi zostać także wykonane do dnia 30.11.2020 r.

Biorąc pod uwagę dzień wyboru najkorzystniejszej oferty, najwcześniejszy możliwy termin zawarcia umowy o realizację zamówienia w rozumieniu ustawy Pzp - 28.07.2020 r. (nie wliczając ustawowego prawa do wnoszenia odwołań na czynności Zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp), obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zamówienia gwarantowanego w zakresie określonym w § 1 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) do dnia 30.11.2020 r., co powinno skutkować unieważnieniem postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §1 ust. 3 lit. b) wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany do uzyskania wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień i pozwoleń wynikających z realizacji przedmiotu umowy. Biorąc pod uwagę, że dla wykonania poszczególnych części zamówienia (robót budowlanych) konieczne będzie uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, w celu zapewnienia realizacji zadania inwestycyjnego zgodnie z obowiązującymi przepisami niezbędne będzie przeprowadzenie następującej procedury:

1) wystąpienie przez wykonawcę do Zamawiającego o oświadczenie o

posiadaniem prawa do nieruchomości na cele budowlane oraz pełnomocnictwo do występowania w imieniu Zamawiającego w sprawach administracyjnych. Dodatkowo, jeżeli Zamawiający nie ma prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, musi on wystąpić do zarządcy nieruchomości o przekazanie takiego prawa;

2) wystąpienie przez wykonawcę do właściwego organu o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego - w przypadku terenu zamkniętego organem właściwym w sprawie jest Wojewoda (zgodnie z art. 51 ust. 1 pkt. ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. 2020, poz. 293 z późn. zm.). Termin na wydanie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego wynosi 65 dni od dnia złożenia wniosku;

3) po zatwierdzeniu przez Zamawiającego projektu budowlanego oraz decyzji lokalizacyjnej, należy wystąpić do właściwego organu o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - w tym przypadku, również taką decyzję wydaje Wojewoda. Na wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę organ ma 65 dni od daty złożenia wniosku;

4) roboty budowlane można rozpocząć dopiero po upływie czasu na uprawomocnienie się decyzji, tj. po 14 dniach, licząc od dnia jej otrzymania (pod warunkiem braku odwołań od przedmiotowej decyzji).

W rezultacie już sama procedura administracyjna zajmie istotną część czasu pozostałą na wykonanie zamówienia (licząc od 28.07.2020 r.), podczas gdy na wykonawcy w dalszym ciągu spoczywać będzie obowiązek wykonania wszystkich pozostałych elementów zamówienia określonych w §1 ust. 3 wzoru umowy. Zamawiający powinien uwzględnić wszystkie powyższe okoliczności, co potwierdza wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2525/18).

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Heli Factor zagwarantował w ofercie wykonanie zamówienia gwarantowanego w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie zaś w terminie 3 lub 4 miesięcy, pomimo, że najkrótszy termin realizacji zamówienia gwarantowanego był jednym z kryteriów oceny ofert.

Ponadto, o niemożliwości wykonania świadczenia decydują obiektywne czynniki, nie zaś indywidualna potrzeba Zamawiającego wykonania danego zamówienia w określonym terminie, tym bardziej, że Zamawiający nie zastosował rozwiązań z ustawy Pzp przewidzianych dla przypadków pilnej potrzeby udzielenia zamówienia.

W niniejszym postępowaniu wada polegająca na określeniu terminu wykonania

zamówienia zmaterializowała się na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym samym Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia, który ma czuwać nad jego prawidłowym przeprowadzeniem skutkującym zawarciem ważnej umowy, powinien postępowanie unieważnić.

B. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Heli Factor, pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, i w konsekwencji zaniechania unieważnienia postępowania, pomimo, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwolujący podniósł, że postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na fakt, że oferta Heli Factor, której integralną część stanowi Załącznik 3A do SIWZ pn. Parametry techniczne urządzeń i sprzętu komputerowego oferowanego przez wykonawcę wskazuje, że oferowany sprzęt nie spełnia wymagań SIWZ, co do następujących parametrów:

- Załącznik 3A, punkt 7 - CZUJNIK PRĘDKOŚCI I KIERUNKU WIATRU

W wierszu nr 10 „Dokładność pomiaru kierunku” wartość wymagana przez Zamawiającego została określona jako $\pm 5^\circ$, natomiast Heli Factor jako wartość oferowaną wskazał „ $\pm 2^\circ$ WS > 1 m/s”, co jest niezgodne z wartością wymaganą przez Zamawiającego.

Powyższe oznaczają, że dokładność pomiaru kierunku jest wskazana dla wartości prędkości wiatru przekraczającej 1 m/s, tj. 2 kt. W rezultacie nie jest ona określona w całym wymaganym przez Zamawiającego (od 1 do 1 i 0 kt) i deklarowanym przez wykonawcę (od 1 do 145 kt) zakresie działania czujnika, ponieważ nie jest określona w przedziale od 1 do 2 kt.

W wierszu oznaczonym liczbą porządkową nr 12 „Próg zadziałania wiatromierza (dla prędkości i kierunku)” wartość wymagana przez Zamawiającego została określona jako <1 kt, natomiast Heli Factor jako wartość oferowaną wskazał „1° (rozdzielczość pomiaru jest progiem zadziałania wiatromierza)”.

Odwolujący wskazał, że próg zadziałania jest istotnym, podobnie jak dokładność pomiaru, parametrem określającym jakość wiatromierza - jest najmniejszą wartością prędkości wiatru, przy której wiatromierz zaczyna działać, tzn. mierzyć zarówno prędkość, jak i kierunek. Oznacza to, że w wierszu nr 12 tabeli należało określić najmniejszą wartość prędkości wiatru, przy której czujnik zmierzy prędkość wiatru i jego kierunek. Wartość prędkości wiatru podawana jest w jednostkach prędkości, np.: kt lub m/s, nigdy natomiast w stopniach, tak jak podał Heli Factor. Stwierdzenie przez Heli Factor sp. z o.o., że „rozdzielczość pomiaru (kierunku 1°) jest progiem zadziałania wiatromierza” wskazuje, że zaoferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Odwolujący zauważył, że zgodnie z Podręcznikiem Światowej Organizacji Meteorologicznej (WMO) „Guide to Meteorological Instruments and Methods of Observation, WMO-No. 8” (wydanie 2014 aktualizowane w 2017 r.) w żadnym wypadku nie można utożsamiać progu zadziałania wiatromierza z rozdzielczością pomiaru kierunku.

- Załącznik 3A, punkt 8 - MIERNIK CIŚNIENIA ATMOSFERYCZNEGO

W części tabeli określającej warunki pracy miernika ciśnienia atmosferycznego w wierszu nr 1 „Temperatura pracy” Heli Factor wskazał, że temperatura pracy zaoferowanego przez niego miernika wynosi „-40°C +60 °C”.

Zdaniem Odwołującego, żaden dostępny na rynku sprzęt nie wykazuje, aby wyświetlacz pracował w tak niskich temperaturach. Zgodnie z danymi producenta, temperatura pracy zaoferowanego przez Heli Factor barometru PTB330 z wyświetlaczem wynosi od 0°C do +60 °C, co nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego.

- Załącznik 3A, punkt 13A - WIDZIALNOŚCIOMIERZ

W wierszu nr 5 „Dokładność pomiaru widzialności MOR”, Zamawiający wymagał, aby czujnik wykonywał pomiary w zakresie od 50 do 50 000 m (wiersz 4 tabeli) i w takim też łącznym zakresie określał wymagane dokładności (wiersz 5 tabeli).

Wykonawca Heli Factor podał wartości dokładności pomiaru w podzakresach obejmujących łącznie zakres od 10 do 15 000 m, a zatem nie określił dokładności pomiarów w zakresie od 15 000 do 50 000 m.

Dodatkowo, w wierszu nr 6 „Rozdzielczość pomiaru widzialności MOR”, Heli Factor podał wartość w %, analogicznie jak w punkcie odnoszącym się do dokładności pomiaru widzialności MOR, podczas gdy zgodnie z Podręcznikiem Światowej Organizacji Meteorologicznej (WMO) „Guide to Meteorological Instruments and Methods of Observation,

WMO-No. 8" (wydanie 2014 aktualizowane w 2017 r.) i obowiązującą w meteorologii definicją rozdzielczości - rozdzielczość dla widzialności MOR podawana jest w jednostkach długości, np. m lub km, a nigdy w %.

- Załącznik 3A, punkt 18 - MAŁOGABARYTOWA STACJA ROBOCZA MSD (acg)

Zamawiający wymagał zaoferowania małogabarytowej stacji roboczej, która spełniałaby kryteria środowiskowe na poziomie normy EPEAT GOLD, a w przypadku przedstawienia certyfikatu innego niż EPEAT z jego treści musiało wynikać, które kryteria zostały spełnione i w jaki sposób certyfikujący potwierdził ich spełnienie.

Zamawiający w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 24.03.2020 r. w odpowiedzi na wniosek nr 1, pytanie nr 2 do SIWZ nie zgodził się na zmianę specyfikacji sprzętu komputerowego zgodnie ze Standardami ISI z nieaktualnej wersji 10.0 na wersję 11.0, która obowiązuje od stycznia 2020r., a w wezwaniu do złożenia dokumentów i oświadczeń z dnia 16.06.2020r. żądał dla kryteriów środowiskowych dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków, wystawionego przez niezależną jednostkę badawczą, dopuszczając wydruk ze strony internetowej potwierdzający spełnienie normy co najmniej EPAT Gold.

W odpowiedzi Heli Factor przedstawił oświadczenie firmy DELL sp. z o.o. (producenta stacji roboczej), które nie powinno być zaakceptowane przez Zamawiającego, ponieważ producent nie jest niezależną jednostką badawczą. Heli Factor przedstawił również wydruk ze strony internetowej potwierdzający spełnienie normy EPEAT Silver wraz z tłumaczeniem.

Twierdzenie, że obecne kryteria EPEAT Silver przewyższają wymagania stawiane EPEAT Gold dla urządzeń badanych przed czerwcem 2019 r. nie zostało w żaden sposób wykazane. Zaproponowana przez ww. wykonawcę stacja DELL Optiplex 7070 SFF nie posiada certyfikatu EPEAT Gold, a wyłącznie EPEAT Silver. W przeprowadzonych testach uzyskała 31 punktów na 48 możliwych, co przekłada się na wynik na poziomie ok. 65% kwalifikujący ją w przedziale 50-74% spełnienia kryteriów środowiskowych. Jest to wynik umożliwiający przyznanie jej certyfikatu EPEAT Silver. Heli Factor w ofercie nie przedstawił innego certyfikatu wystawionego przez akredytowaną jednostkę badawczą potwierdzającą, które kryteria środowiskowe zostały spełnione, i w jaki sposób.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest zobowiązany do dokładnej i rzetelnej oceny złożonych ofert, w tym w szczególności do weryfikacji ich zgodności z SIWZ, a w przypadku zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty, Zamawiający jest zobowiązany do jej odrzucenia. W przypadku zaniechania dokonania tej czynności następuje naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Wykonawca Heli Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Podniósł brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania podkreślając, że na skutek odrzucenia oferty Odwołującego utracił on status wykonawcy w postępowaniu. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Przystępujący podniósł, że Odwołujący sam przystąpił do odwołania, że zadeklarowany przez wykonawców termin realizacji zamówienia był realny na dzień składania ofert. Wskazał, że Zamawiający w SIWZ we wzorze umowy przewidział możliwość zmiany terminu realizacji umowy (§20 i 21 umowy).

Ponadto zmiana terminu realizacji umowy jest możliwa również w trybie ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie z art. 15r nowelizacji ww ustawy, o COVID-19 po spełnieniu określonych przesłanek, możliwe są w szczególności:

- zmiany terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części,
- zmiany sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
- zmiany zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy.

Przystępujący wskazał, że wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za przedłużającą się procedurę wyłonienia najkorzystniejszej oferty ani za inne niezależne od niego okoliczności wpływające na konieczność zmiany terminu realizacji zamówienia. Z

takim przeświadczeniem Przystępujący podpisał umowę w dniu 11 sierpnia 2020 r.

Odnosząc się do zarzutów technicznych, Przystępujący wskazał, że wszystkie zaoferowane czujniki są z powodzeniem eksploatowane na wielu lotnikach komunikacyjnych podlegających znacznie bardziej rygorystycznym regulacjom niż wojskowe i podlegają nadzorowi Urzędu Lotnictwa Cywilnego.

W odniesieniu do dokładności pomiaru kierunku wiatru wyjaśnił, że pomiar jest możliwy po jego przepływie przez element pomiarowy, dlatego pomiar jest możliwy przy prędkościach od 1 m/s czyli 1.94 kt. Natomiast przy niższych prędkościach wiatru nie określa się dokładności pomiaru kierunku.

Próg zadziałania wiatromierza zgodnie z deklaracją producenta stanowi wartość jego rozdzielczości pomiaru i jest to 0.1 m/s czyli 0.194kt. Wartość 1° została wpisana omyłkowo. Parametry techniczne wskazane przez producenta w karcie technicznej potwierdzają spełnienie wymagań. Skoro producent deklaruje rozdzielczość pomiaru we wskazanym zakresie to znaczy, że progiem zadziałania czujnika jest wartość 0.1 m/s. Przystępujący przedstawił kartę techniczną czujnika (WMT702) wraz z tłumaczeniem. Przystępujący wskazał, że tożsamy parametr posiada czujnik zaoferowany przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego miernika ciśnienia atmosferycznego Przystępujący wyjaśnił, że Odwołujący zaoferował taki sam model czujnika jak Przystępujący i podał taki sam zakres temperatur pracy. Karta techniczna tego miernika potwierdza parametry czujnika spełniające wymagania zarówno co do zakresu temperatur pracy operacyjnej jak i pracy operacyjnej czujnika z lokalnym wyświetlaczem.

W odniesieniu do widzialnościomierza Przystępujący wyjaśnił, że oferowany przez niego, jak i przez Odwołującego, czujnik nie posiada wyszczególnionego zakresu rozdzielczości. Oferowane funkcjonalności oparte są w zakresie rozdzielczości na

deklaracjach producentów. Zgodnie z Załącznikiem III ICAO (Załącznik 3 do Konwencji o

międzynarodowym lotnictwie cywilnym - Służba meteorologiczna dla międzynarodowej żeglugi powietrznej) Załącznikiem A „Operacyjnie pożądana dokładność pomiarów i obserwacji” tylko wartość dokładności w odniesieniu do pomiaru widzialności ma znaczenie operacyjne. Przystępujący załączył kartę techniczną wraz z tłumaczeniem oraz Załącznik A „Operacyjnie pożądana dokładność pomiarów i obserwacji” do Załącznika 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym - Służba meteorologiczna dla międzynarodowej żeglugi powietrznej, ogłoszonego obwieszczeniem nr 20 Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 20.12.2018 r.

W zakresie małogabarytowej stacji roboczej MSD (acg) Przystępujący wyjaśnił, że w okresie obowiązywania standardów sprzętu IT w resorcie Obrony Narodowej z początku 2019 r. na podstawie których opracowano wymania SIWZ, zaoferowana stacja spełniała wymagania na ówczesnym poziomie EPEAT GOLD, natomiast w połowie 2019 r. zmieniły się kryteria środowiskowe poprzez dodanie szeregu nowych wymagań i ta sama stacja została zakwalifikowana do poziomu EPEAT SILVER. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę wymaganych standardów, wobec czego Przystępujący zaoferował stację EPEAT SILVER według nowych kryteriów środowiskowych, która przy uprzednich kryteriach spełniała poziom EPEAT GOLD, co potwierdza pismo z dnia 6 kwietnia 2020 r. od producenta firmy DELL załączone wraz z certyfikatem.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania oraz o przeprowadzenie dowodów z załączonych dokumentów, tj.:

- 1) umowy zawartej z wykonawcą Heli Factor z dnia 11 sierpnia 2020 r.,
- 2) specyfikacji technicznej wiatromierza Ultrasonic Anemometer Compact produkcji Thies Clima;
- 3) specyfikacji technicznej miernika ciśnienia atmosferycznego BAROCAP Digital Barometer PTB330 Class B produkcji Vaisala;
- 4) specyfikacji technicznych widzialnościomierza Biral VPF.750;
- 5) wyciągu z Podręcznika Automatycznych Systemów Pomiarowych dla Lotnisk;
- 6) pisma Zastępcy Dyrektora Narodowego Centrum Bezpieczeństwa Cyberprzestrzeni do Komendanta 2. RBLog z dnia 1 sierpnia 2020 r.

Odpowiadając na zarzut zaniechania unieważnienia postępowania pomimo, że na dzień zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty obarczone ono było niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający przywołał tezę wyroku KIO z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 154/13 oraz wyroku z dnia 9 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1366/16, podnosząc, że nie powinien działać żaden automatyzm w uznawaniu krótkiego terminu na realizację zamówienia, który to termin uległ znacznemu skróceniu w wyniku przedłużającego się postępowania, za wadę postępowania skutkującą obowiązkiem jego unieważnienia. Z perspektywy Zamawiającego najistotniejsze jest, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą podtrzymał wolę zawarcia umowy, a ostatecznie tę umowę zawarł w dniu 11 sierpnia 2020 r.

Zamawiający wskazał, że ma możliwość uwzględnienia terminów wskazanych w ofercie przez wykonawcę, jako niezbędnych do zrealizowania zamówienia, chociażby poprzez instytucję zmiarkowania kary umownej, w przypadku przekroczenia terminu 30 listopada 2020 r. Samo jednakże skrócenie terminu na wykonanie zamówienia nie sposób uznać za okoliczność powodującą, że świadczenie to stanie się obiektywnie niemożliwe do wykonania. Przekroczenie terminu realizacji nie zwalnia wykonawcy z obowiązku świadczenia, a skoro decyduje się on zawrzeć umowę i przyjąć na siebie ryzyko wykonania zobowiązania w skróconym terminie czy nawet jego przekroczenia, to Zamawiający nie ma możliwości nie zaakceptować takiego stanu rzeczy.

Zamawiający podniósł, że przedstawiona przez Odwołującego analiza przebiegu realizacji zamówienia opiera się na maksymalnych terminach na dokonanie poszczególnych czynności. Pozwala to określić maksymalny czas trwania całego przedsięwzięcia, jednakże można racjonalnie zakładać, że profesjonalny wykonawca dołoży wszelkich starań, aby prowadzić poszczególne czynności w taki sposób, żeby ukończyć realizację zadania w określonym terminie, który obiektywnie jest możliwy do dotrzymania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Heli Factor i zaniechania unieważnienia postępowania pomimo, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, Zamawiający podniósł, że sformułowane w odwołaniu zarzuty odnoszące się do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ opierają się w rzeczywistości na pewnych niejasnościach w treści oferty, które chociaż mogą wzbudzać wątpliwości, to nie powinny skutkować odrzuceniem oferty, tylko zostać wyjaśnione w procesie oceny oferty.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnił te wątpliwości we własnym zakresie, posługując się specyfikacjami technicznymi oferowanymi przez wykonawcę Heli Factor urządzeń oraz wyspecjalizowanym personelem technicznym Sił Zbrojnych RP.

Dokonując oceny zgodności oferty z SIWZ, Zamawiający przyjął, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tymczasem Zamawiający, pomimo pewnych wątpliwości, takiej oczywistej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie stwierdził.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów w tym obszarze, Zamawiający przedstawił następujące stanowisko:

Załącznik 3A, punkt 7 - CZUJNIK PRĘDKOŚCI 1 KIERUNKU WIATRU

Zamawiający wyjaśnił, że nie określił w SIWZ minimalnej prędkości wiatru, przy której ma być mierzony parametr dokładności pomiaru kierunku, co uprawniało wykonawcę Heli Factor do przyjęcia jakiegoś założenia w tym obszarze.

Oczywistym jest, że aby mówić o dokładności pomiaru kierunku, wiatr musi w ogóle wiać, a zatem musi wystąpić jakaś jego prędkość. Oferowany przez Heli Factor wiatromierz, tj. Ultrasonic Anemometer Compact produkcji Thies Clima, zgodnie z kartą katalogową producenta, umożliwia pomiar kierunku wiatru z dokładnością $+2^0$ przy prędkości powyżej 1 m/s. Zamawiający wymagał jedynie, aby dokładność pomiaru kierunku nie była mniejsza niż $+5^0$. Zatem urządzenie oferowane przez Heli Factor spełnia ten warunek, jeżeli tylko wiatr wieje z prędkością co najmniej 1 m/s, a zatem relatywnie bardzo niewielką.

To, że wiatromierz Heli Factor ma jednocześnie mierzyć prędkość wiatru już od 1 kt, a zatem od 0,514444 m/s, nie oznacza, że nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, a jedynie - że w obszarze od 0,51444 m/s do 1 m/s producent urządzenia nie wskazuje jaka jest dokładność pomiaru kierunku. Biorąc pod uwagę, że dla przedziału powyżej 1 m/s dokładność pomiaru jest znacznie wyższa niż wymagana przez Zamawiającego ($+2^0$ wobec wymaganych $+5^0$), nie wydaje się obiektywnie możliwe, ażeby w przedziale od 0,51444 m/s do 1 m/s mogła ona być ponad dwukrotnie niższa. Nie ma zaś wątpliwości, że kierunek wiatru jest mierzony przez to urządzenie już od siły powyżej 1 kt

(0,514444 m/s), co stwierdzono w pkt 12 tabeli. Jako dowód Zamawiający powołał specyfikację techniczną wiatromierza Ultrasonic Anemometer Compact produkcji Thies Clima.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że cecha zdefiniowana jako „rozdzielczość (resolution)” nie może być utożsamiana z progiem zadziałania wiatromierza. Wskazał, że w świetle podanej przez niego definicji, „Rozdzielczość to najmniejsza zmiana mierzonej wartości, która powoduje zauważalną zmianę odpowiadających jej wskazań”. Skoro zatem producent urządzenia określa jego rozdzielczość, a jednocześnie nie podaje od jakiego progu urządzenie dokonuje pomiaru, to w świetle logiki należy przyjąć, że pomiar ten możliwy jest już wówczas, kiedy urządzenie odnotuje taką właśnie najmniejszą zmianę wartości, począwszy od wartości „0”. Oznacza to, że w przypadku pomiaru kierunku, skoro rozdzielczość urządzenia wynosi 1° , to próg zadziałania wiatromierza wynosi 1° , a zatem skoro w pkt 5 tabeli wykonawca Heli Factor zadeklarował, że rozdzielczość pomiaru prędkości wynosi 0,1 m/s (0,194 kt), to próg zadziałania wiatromierza dla pomiaru prędkości wiatru wynosi 0,194 kt., a zatem mniej niż 1kt wymagane przez Zamawiającego w pkt 12. Załącznik 3A, punkt 8 - MIERNIK CIŚNIENIA ATMOSFERYCZNEGO

Zamawiający wyjaśnił, że zweryfikował podany w ofercie Heli Factor zakres temperatur ze specyfikacją urządzenia dostępną na stronie internetowej producenta. W świetle wskazanych tam danych technicznych nie ma wątpliwości, że środowisko pracy urządzenia (operating environment) zostało określone w przedziale -40°C do $+60^{\circ}\text{C}$. Wprawdzie znajduje się tam zastrzeżenie, że temperatura pracy lokalnego wyświetlacza wynosi od 0 do $+60^{\circ}\text{C}$, ale w tabeli nr 8 w pozycji warunki pracy nie wskazano, że chodzi o temperaturę pracy wyświetlacza, co pozwalało wykonawcy zasadnie przypuszczać, że chodzi o temperaturę pracy miernika jako całości, a wskazany w specyfikacji technicznej zakres pracy, spełniałby wartość wymaganą (od 0 do $+40^{\circ}\text{C}$), także przy założeniu, że dotyczy ona wyłącznie wyświetlacza. Jako dowód Zamawiający powołał specyfikację techniczną miernika ciśnienia atmosferycznego BAROCAP Digital Barometer PTB330 Class B produkcji Vaisala

Załącznik 3A, punkt 13A - WIDZIALNOŚCIOMIERZ

Zamawiający podniósł, że wykonawca Heli Factor zaoferował widzialnościomierz Biral VPF 750 produkcji Biral, którego specyfikacje techniczne są dostępne na stronie internetowej producenta.

Zgodnie ze specyfikacją techniczną, widzialnościomierz Biral VPF 750 cechuje się błędem pomiaru do 8,3% na odległości 15 000 m, do 10,5% na odległości 30 000 m oraz do 20% na odległości 75.000 m. Oznacza to, że graniczną wartość błędu określoną przez Zamawiającego w SIWZ, tj. 20%, widzialnościomierz ten osiąga dopiero na 75.000 m, co pozwala przyjąć, że spełnia on wymagania SIWZ. Jako dowód Zamawiający powołał specyfikacje techniczne dla widzialnościomierza Biral VPF-750.

Odnosząc się do zarzutu, że wykonawca Heli Factor podał zamiast rozdzielczości pomiaru widzialności MOR dokładność pomiaru określoną w procentach, Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią specyfikacji technicznej, widzialnościomierz Biral VPF-750 został zaakceptowany do użytku na cele lotnicze przez ICAO (Międzynarodowa Organizacja Lotnictwa Cywilnego). Wymagania ICAO dla widzialnościomierzy zostały przedstawione w Podręczniku Automatycznych Systemów Pomiarowych dla Lotnisk, który stanowi Załącznik do wytycznych nr 11 Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 6 sierpnia 2014 r. W Rozdziale 7.2. Dodatku B — Specyfikacja przyrządów meteorologicznych dla automatyczny meteorologicznych systemów pomiarowych, opisane są wymagania dla czujników widzialności. Zgodnie z tymi wymaganiami, rozdzielczość widzialnościomierza powinna być lepsza od 50 m poniżej 800 m, lepsza niż 100 m pomiędzy 800m i 5 km, lepsza niż 1 km powyżej 5 km. Skoro zatem producent urządzenia Biral VPF-750 uzyskał akceptację ICAO dla zastosowania tego urządzenia w stacjach AWOS, to musi ono spełniać wymagania ICAO określone dla urządzeń tego rodzaju. Jako dowód Zamawiający powołał wyciąg z Podręcznika Automatycznych Systemów Pomiarowych dla Lotnisk, specyfikacje techniczne dla widzialnościomierza Biral VPF-750.

Załącznik 3A, punkt 18 - MAŁOGABARYTOWA STACJA ROBOCZA MSD

Zamawiający wyjaśnił, że zwrócił się do Narodowego Centrum Bezpieczeństwa

Cyberprzestrzeni (NCBC) i uzyskał odpowiedź z dnia 11 sierpnia 2020 r. wyjaśniającą, że

aktualnie zakupów sprzętu informatyki na potrzeby Sił Zbrojnych RP dokonuje się zgodnie z Wykazem obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania

w resorcie obrony narodowej w wersji 11.0 z dnia 19 grudnia 2019 r. Wymagania dla

małogabarytowych stacji roboczych zostały obniżone w wersji 11.0 Wytycznych w stosunku do wersji 10.0 z poziomu GOLD do poziomu SILVER, w związku z aktualizacją kryteriów oznakowania EPEAT z dniem 29 czerwca 2019 r.

W niniejszym postępowaniu, do oceny oferowanego przez wykonawców sprzętu informatycznego, stosowano poprzednie Wytyczne (10.0), pomimo pytań ze strony wykonawców i wnioskiem o aktualizację do wersji 11.0, o czym pisze Odwołujący. Skoro zatem do oceny stosowano poprzednie Wytyczne, które odnosiły się do poziomu EPEAT GOLD, które odpowiadają poziomowi SILVER w nowych Wytycznych uwzględniających zmianę kryteriów EPEAT z dnia 29 czerwca 2019 r., to zaofferowana przez Heli Factor stacja Optiplex 7070SFF, która otrzymała certyfikat EPEAT SILVER w dniu 25 lipca 2019 r. (tj. po zmianie kryteriów EPEAT), to musi zostać uznana za spełniającą kryteria EPEAT GOLD według kryteriów sprzed 29 czerwca 2019 r.

Zamawiający podkreślił, że zespół ekspertów - wojskowych specjalistów od systemów AWOS dokonał oceny złożonej oferty i potwierdził spełnianie przez zaofferowane urządzenia wymaganych kryteriów (dokument z dnia 4 maja 2020 r. w aktach postępowania), wobec czego Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy Heli Factor spełnia wymagania SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, pomimo że złożona przez niego oferta została odrzucona. W ocenie Izby, interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko, jako interes w zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co może nastąpić w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i ewentualnie w kolejnym postępowaniu, jeśli prowadzone postępowanie podlega unieważnieniu.

Wykonawca Heli Factor sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że postępowanie na dzień zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na obiektywnej niemożliwości wykonania zamówienia w określonym w SIWZ terminie, tj. do 30.11.2020 r.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa, instalacja i uruchomienie lotniskowych automatycznych meteorologicznych AWOS w ramach zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego. Wymogi i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ i załączniku nr 5 do SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zamówienie gwarantowane dotyczące Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie i Centralnego Poligonu Lotniczego w Nadarżycach zostało wykonane w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej - ilość dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia 30.11.2020 r. (w zależności od tego który z ww. terminów upływa wcześniej). Zamawiający wymagał, aby zamówienie opcjonalne zostało wykonane do dnia 30 listopada 2020 r. Zamawiający wskazał w SIWZ, że potwierdzi wykonanie zamówienia opcjonalnego na piśmie w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po tym terminie realizacja zamówienia opcjonalnego będzie dopuszczalna jedynie za zgodą wykonawcy.

Termin realizacji zamówienia gwarantowanego z wagą 28% był jednym z dwóch pozacenowych kryteriów oceny ofert (Rozdział XV SIWZ).

Wykonawca Heli Factor sp. z o.o. zaoferował termin realizacji zamówienia gwarantowanego - 180 dni kalendarzowych. Odwołujący przyznał, że termin ten był realny na dzień składania ofert (06.04.2020 r.). W momencie wyboru oferty najkorzystniejszej (16.07.2020 r.) termin ten przypadał już po dacie 30.11.2020 r., a zatem zgodnie z SIWZ, obowiązującym terminem realizacji przedmiotowego zamówienia jest dzień 30.11.2020 r.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przez Zamawiającego z Przystępującym w dniu 11 sierpnia 2020 r.

Odwołujący podnosił, że obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zamówienia gwarantowanego w zakresie określonym w § 1 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) do dnia 30.11.2020 r., co powinno skutkować unieważnieniem postępowania, nie zaś wyborem najkorzystniejszej oferty. Wskazywał, że zgodnie z § 1 ust. 3 lit. b) wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany do uzyskania wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień i pozwoleń wynikających z realizacji przedmiotu umowy, w tym m.in. konieczne będzie uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę oraz przeprowadzenie procedury administracyjnej, która zajmie istotną część czasu pozostałą na wykonanie zamówienia (licząc od 28.07.2020 r.), podczas gdy na wykonawcy w dalszym ciągu spoczywać będzie obowiązek wykonania wszystkich pozostałych elementów zamówienia określonych w § 1 ust. 3 wzoru umowy. Odwołujący przywołał orzeczenie KIO z dnia 19 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2525/18) na poparcie swoich twierdzeń, jednak nie budzi wątpliwości Izby, że zapadło ono w innym stanie faktycznym - odwołanie zostało wniesione na postanowienia SIWZ oraz na zaniechanie przesunięcia przez zamawiającego terminu składania ofert w wyniku zmian treści SIWZ. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie kwestionował faktu, że na etapie formułowania treści SIWZ oraz w terminie składania ofert termin realizacji zamówienia był realny. Wada postępowania w postaci określenia nierealnego terminu realizacji zamówienia zmateriałizowała się zdaniem Odwołującego na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie podkreśla się, że unieważnienie postępowania na tej podstawie jest wyjątkowe - wymaga od zamawiającego wykazania, że powody takiej decyzji są na tyle poważne, że nie można rozstrzygnąć postępowania, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem celem postępowania i celem czynności podejmowanych przez zamawiającego w danym postępowaniu jest doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej - wyboru wykonawcy i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Unieważnienie postępowania, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga wykazania spełnienia jednocześnie trzech przesłanek, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia - wada postępowania musi mieć charakter trwały. Unieważnienie postępowania nie może być traktowane jako prosty sposób na rozwiązanie, gdy zamawiający zauważy popełniony błąd proceduralny w prowadzonym postępowaniu. Decyzja prowadząca do unieważnienia postępowania musi być poprzedzona dokładną analizą pod kątem przesłanek warunkujących legalne unieważnienie postępowania (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2375/17).

W danym stanie faktycznym, w ocenie Izby, nie wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania. Fakt dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z regułami określonymi w SIWZ, potwierdza, że skrócony czas na realizację zamówienia w wyniku przedłużającej się procedury prowadzonego postępowania spowodowanej w znacznym stopniu okolicznościami związanymi z wystąpieniem w kraju stanu epidemii, nie stanowi wady postępowania o zamówienie publiczne, która pozwala na unieważnienie postępowania. Skrócenie faktycznego czasu na realizację zamówienia w związku z opóźnieniem procedury zamówieniowej nie stanowi wady postępowania, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z orzecznictwa KIO nawet upływ terminu realizacji zamówienia w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanowi przeszkody do zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, ponieważ nie powoduje, że mamy do czynienia ze świadczaniem niemożliwym, w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. Jak wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku SN z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt V CSK 379/09 „czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie

świadczenia, a czym innym - niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożności w drugim znaczeniu (verbe legis: „umowa o świadczenie niemożliwe”).” Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że nawet upływ terminu realizacji zamówienia nie może stanowić wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania, a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego (tak: wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1366/16).

Wskazać należy, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp należy odnosić przede wszystkim do art. 146 Pzp, w którym zostały określone przesłanki nieważności umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący nie wykazał jednak żadnej z przesłanek wymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp ani nie wykazał okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o przepis art. 146 ust. 6 Pzp, w tym w szczególności wystąpienia istotnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które wpłynęło na wynik postępowania w rozumieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym wybór wykonawcy, z którym Zamawiający zawarł umowę o zamówienie publiczne.

Zauważyć należy, że wskazując na długie terminy trwania procedur administracyjnych koniecznych do wypełnienia przy realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący przyjął terminy maksymalne, nie wykazując przy tym, że takie terminy muszą się w całości potwierdzić w rzeczywistości przy realizacji tego zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że przekroczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia nie zwalnia wykonawcy z obowiązku świadczenia, na co Przystępujący zgodził się podpisując umowę o zamówienie publiczne. Przekroczenie terminu realizacji nie świadczy też o zmianie zakresu świadczenia wykonawcy, wynikającego z treści oferty (art. 140 ust. 1 Pzp).

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Heli Factor sp. z o.o., której treść w zakresie oferowanego sprzętu i jego parametrów technicznych nie odpowiada treści SIWZ, i w konsekwencji zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący postawił w odwołaniu zarzut, że oferta wykonawcy Heli Factor, której integralną część stanowi Załącznik 3A do SIWZ pn. Parametry techniczne urządzeń i sprzętu komputerowego oferowanego przez wykonawcę, wskazuje, że oferowany sprzęt i jego parametry techniczne nie odpowiadają treści SIWZ. Odwołujący postawił ten zarzut w odniesieniu do treści oferty w sensie formalnym, tj. nie zarzucając i nie dowodząc jednocześnie, że w odniesieniu do wymaganych parametrów wskazanych w odwołaniu zaoferowany przez wykonawcę Heli Factor sprzęt rzeczywiście nie spełnia wymagań określonych w SIWZ w znaczeniu materialnym.

Iza w tym miejscu podkreśla, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi podstawę odrzucenia oferty, której treść w sensie merytorycznym nie spełnia warunków i wymagań określonych w SIWZ, w tym wymaganych parametrów technicznych. Wskazać bowiem należy, że niezgodności formalne i nieistotne zawarte w treści oferty powinny podlegać wyjaśnieniu i poprawie w trybie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, a tym samym nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty. W odniesieniu do szczegółowych zarzutów niezgodności treści oferty Heli Factor z treścią SIWZ Odwołujący nie kwestionował powołanych przez Zamawiającego specyfikacji technicznych i nie przedstawił żadnych wniosków dowodowych na okoliczność, że oferowany przez Przystępującego sprzęt nie spełnia wymagań SIWZ, które Zamawiający potwierdził w oparciu o dostępne publicznie informacje.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 7 Załącznika 3A (czujnik prędkości i kierunku wiatru):

- wiersz nr 10 „Dokładność pomiaru kierunku” - wartość wymagana przez Zamawiającego została określona jako $\pm 5^\circ$. Wykonawca Heli Factor wskazał jako wartość oferowaną „ $\pm 2^\circ$ WS > 1 m/s”, co oznacza, że dokładność pomiaru kierunku została wskazana dla wartości/prędkości wiatru przekraczającej 1 m/s, tj. 2 kt. Nie ma jednak podstaw, aby wywodzić z powyższego, że sprzęt nie spełnia wymagania $\pm 5^\circ$ w zakresie dokładności pomiaru kierunku wiatru w pełnym zakresie działania czujnika (od 1 do 145 kt). W świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie jest zasadne twierdzenie, że w zakresie prędkości wiatru od 1 kt do 2 kt dokładność pomiaru kierunku jest mniejsza niż $\pm 5^\circ$. Odwołujący tej okoliczności nie udowodnił.

- wiersz nr 12 „Próg zadziałania wiatromierza (dla prędkości i kierunku)” - wartość wymagana przez Zamawiającego została określona jako <1 kt. Wykonawca Heli Factor podał jako wartość oferowaną „1° (rozdzielczość pomiaru jest progiem zadziałania wiatromierza)”. Jak wynika z wyjaśnień stron, próg zadziałania wiatromierza jest najmniejszą wartością prędkości wiatru, przy której wiatromierz zaczyna działać, tzn. mierzyć zarówno prędkość, jak i kierunek. Ponieważ wartość prędkości wiatru podawana jest w jednostkach prędkości, np.: kt lub m/s, wykonawca Heli Factor nieprawidłowo podał tę wartość w stopniach. Powyższe potwierdza Podręcznik Światowej Organizacji Meteorologicznej (WMO) „Guide to Meteorological Instruments and Methods of Observation, WMO-No. 8” (wydanie 2014 aktualizowane w 2017 roku) przywołany przez Odwołującego. Jednocześnie nie można jednak uznać, że twierdzenie, iż próg zadziałania wiatromierza zgodnie z deklaracją producenta stanowi wartość jego rozdzielczości pomiaru i jest to 0.1 m/s czyli 0.194kt jest nieprawdziwe. Skoro producent deklaruje rozdzielczość pomiaru we wskazanym zakresie, to znaczy, że progiem zadziałania czujnika jest wartość 0.1 m/s. Przystępujący przedstawił kartę techniczną czujnika (WMT702) wraz z tłumaczeniem. Przystępujący podkreślał, że tożsame parametry posiada czujnik zaoferowany przez Odwołującego, zatem taka sytuacja nie jest wyjątkowa. Odwołujący nie wykazał przy tym, że w przypadku urządzenia oferowanego przez Przystępującego próg zadziałania wiatromierza ma inną wartość niż rozdzielczość pomiaru, w szczególności taką, która nie spełnia wymagań Zamawiającego..

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 8 Załącznika nr 3A (miernik ciśnienia atmosferycznego) Odwołujący nie podtrzymał tego zarzutu na rozprawie, wobec czego odwołanie w tym zakresie nie podlegało rozpoznaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 13A Załącznika 3A dotyczącego widzialnościomierza Izba ustaliła, że wykonawca Heli Factor zaoferował widzialnościomierz Biral VPF 750 produkcji Biral, Jak wyjaśnił Zamawiający, specyfikacje techniczne tego urządzenia są dostępne na stronie internetowej producenta.

- wiersz nr 5 „Dokładność pomiaru widzialności MOR” - Zamawiający wymagał wykonywania pomiarów w zakresie od 50 do 50000 m (wiersz 4 tabeli) i w takim też łącznym zakresie określił wymagane dokładności (wiersz 5 tabeli). Wykonawca Heli Factor podał wartości dokładności pomiaru w podzakresach obejmujących łącznie zakres od 10 do 15000 m. Wykonawca zatem nie określił dokładności pomiarów w zakresie od 15000 do 50000 m.

Zgodnie ze specyfikacją techniczną, widzialnościomierz Biral VPF 750 cechuje się błędem pomiaru do 8,3% na odległości 15 000 m, do 10,5% na odległości 30 000 m oraz do 20% na odległości 75.000 m, co oznacza, że graniczną wartość błędu określoną przez Zamawiającego w SIWZ, tj. 20%, widzialnościomierz ten osiąga dopiero przy 75.000 m. Powyższe potwierdza spełnienie wymagania SIWZ, zgodnie ze specyfikacją techniczną dla widzialnościomierza Biral VPF-750.

- wiersz nr 6 „Rozdzielczość pomiaru widzialności MOR”, Wykonawca Heli Factor podał wartość w % analogicznie jak w punkcie odnoszącym się do dokładności pomiaru widzialności MOR, podczas gdy rozdzielczość dla widzialności MOR podawana jest w jednostkach długości, np. m lub km, a nie w %. Jak wyjaśnił Przystępujący, oferowany przez niego, tak jak i oferowany przez Odwołującego czujnik nie posiada wyszczególnionego zakresu rozdzielczości. Oferowane funkcjonalności oparte są w zakresie rozdzielczości na deklaracjach producentów. Odwołujący nie przedstawił przy tym dowodu na okoliczność, że oferowany przez Przystępującego czujnik nie spełnia wymagań SIWZ określonych przez Zamawiającego w Załączniku 3A pkt 6. Izba podzieliła, wobec powyższego, stanowisko Zamawiającego, że skoro widzialnościomierz Biral VPF-750 został zaakceptowany do użytku na cele lotnicze przez ICAO (Międzynarodowa Organizacja Lotnictwa Cywilnego), a wymagania ICAO dla widzialnościomierzy zostały przedstawione w Podręczniku Automatycznych Systemów Pomiarowych dla Lotnisk, który stanowi Załącznik do wytycznych nr 11 Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 6 sierpnia 2014 r., w którym w Rozdziale 7.2. Dodatku B — Specyfikacja przyrządów meteorologicznych dla automatyczny meteorologicznych systemów pomiarowych, opisane są wymagania dla czujników widzialności, zgodnie z którymi, rozdzielczość widzialnościomierza powinna być lepsza od 50 m poniżej 800 m, lepsza niż 100 m pomiędzy 800m i 5 km oraz lepsza niż 1 km powyżej 5 km, to należy uznać tym samym, że urządzenie Biral VPF-750 spełnia wymagania ICAO określone dla tego rodzaju urządzeń, które są zbieżne z wymaganiami określonymi w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pkt 18 Załącznika 3A - małowabarytowej stacji roboczej MZD, Zamawiający wymagał spełnienia kryteriów środowiskowych na poziomie EPEAT GOLD: „Wykonawca przedstawi certyfikat wystawiony przez akredytowaną jednostkę badawczą posiadającą akredytację zgodnie normami z PN-EN ISO/IEC 17020 lub PN-EN ISO/IEC 17065 oraz personel posiadający właściwe wykształcenie i doświadczenie związane z charakterem prowadzonych badań, potwierdzający spełnianie wszystkich wymagań obligatoryjnych oraz 21 z 28 wymagań opcjonalnych lub wydruk ze strony internetowej

<https://www.epeat.net>) potwierdzający posiadanie przez oferowany produkt certyfikacji na poziomie EPEAT GOLD. W przypadku przedstawienia certyfikatu innego niż EPEAT z jego treści musi wynikać, które kryteria zostały spełnione i w jaki sposób certyfikujący potwierdził ich spełnianie."

Zamawiający potwierdził ten wymóg w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 24.03.2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 (wniosek nr 1). Zamawiający nie zgodził się na zmianę specyfikacji sprzętu komputerowego zgodnie ze Standardami ISI z nieaktualnej wersji 10.0 na wersję 11.0, która obowiązuje od stycznia 2020 r.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń z dnia 16.06.2020 r. wykonawca Heli Factor przedstawił wydruk ze strony internetowej potwierdzający spełnienie normy EPEAT SILVER wraz z tłumaczeniem oraz oświadczenie firmy DELL sp. z o.o. (producenta ww. stacji roboczej) z dnia 6.04.2020 r., które wyjaśnia, że według aktualnych standardów ISI w wersji 11.0 Certyfikat na poziomie EPEAT SILVER przewyższa wymagania na poziomie EPEAT GOLD według wersji 10.0.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, że obecnie obowiązujące kryteria ISI w wersji 11.0 na poziomie EPEAT SILVER nie spełniają wymagań EPEAT GOLD według kryteriów ISI w wersji 10.0. Sam fakt, że zaoferowana przez wykonawcę stacja DELL Optiplex 7070 SFF nie posiada certyfikatu EPEAT GOLD według wersji 10.0, lecz EPEAT SILVER uzyskany według nowszej wersji 11.0 nie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie wskazał ani też nie udowodnił, które wymagania dla poziomu EPEAT GPLD wersji 10.0 nie są spełnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca Heli Factor nie miał obowiązku przedstawienia certyfikatu wystawionego przez inną niezależną akredytowaną jednostkę badawczą potwierdzającego, które kryteria środowiskowe zostały spełnione i w jaki sposób, gdyż Certyfikat EPEAT SILVER należy uznać za równoważny w zakresie potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego. Powyższe zostało także potwierdzone przez Narodowe Centrum Bezpieczeństwa Cyberprzestrzeni (NCBC) w informacji z dnia 11 sierpnia 2020 r. wyjaśniającej, że aktualnie zakupów sprzętu informatyki na potrzeby Sił Zbrojnych RP dokonuje się zgodnie z Wykazem obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej w wersji 11.0 z dnia 19 grudnia 2019 r. Wymagania dla małogabarytowych stacji roboczych zostały obniżone w wersji 11.0 Wytucznych w stosunku do wersji 10.0 z poziomu GOLD do poziomu SILVER, w związku z aktualizacją kryteriów oznakowania EPEAT z dniem 29 czerwca 2019 r.

Podsumowując, w ocenie Izby, w zakresie błędnie podanych jednostek rozdzielczości przez wykonawcę Heli Factor treść oferty podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, natomiast pozostałe ewentualne wątpliwości podlegały wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Na marginesie tylko Izba wskazuje (zarzuty w tym zakresie nie były zawarte w odwołaniu), że Zamawiający pomimo, że jest oczywiście uprawniony do samodzielnej weryfikacji spełnienia wymaganych parametrów na podstawie dostępnych specyfikacji technicznych, to jednak zgodnie z procedurami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien był wezwać wykonawcę Heli Factor do wyjaśnienia treści oferty w zakresie w którym zostały stwierdzone przez Zamawiającego omyłki w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz dokonać ich poprawy odpowiednio do art. 87 ust. 2 Pzp. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego, powyższe uchybienia proceduralne Zamawiającego nie miały jednak wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, ponieważ z okoliczności sprawy wynika spełnienie wymaganych

parametrów, zatem nie mogły one stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania,

stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp.

Zamawiający nie naruszył, w zakresie zaskarżonym w odwołaniu, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wobec nieodrżucenia oferty wykonawcy Heli Factor na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji Izba nie stwierdziła podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, uznając w tym zakresie zarzut za niezasadny.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: