

Sygn. akt: KIO 2767/24

WYROK

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Mateusz Paczkowski

Katarzyna Paprocka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę AIR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Agencję Uzbrojenia w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę AIR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2767/24

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa – Agencja Uzbrojenia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Dostawa podstawowego spadochronu desantowego”, numer referencyjny AU/269/IX-85/ZO/NBO/DOS/Z/2023. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 sierpnia 2024 roku wykonawca AIR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegających na:

- a) odrzuceniu w dniu 25 lipca 2024 r. oferty złożonej przez Air-Pol sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowa wskutek błędnego uznania, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- b) unieważnieniu w dniu 25 lipca 2024 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego,
- a także od zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.
- c) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego wskutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że treść oferty

Odwolującego jest niezgodna z warunkami zamówienia — podczas gdy treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,

b) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - poprzez unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego wskutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu — podczas, gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu jako zgodna z warunkami zamówienia, przez co nie ziszcila się przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

c) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu — podczas gdy Zamawiający obowiązany był dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a przy tym jako jedynej, która nie podlegała odrzuceniu,

d) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego — stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp,

b) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę podstawowego spadochronu desantowego — stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp,

c) powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia — stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp,

d) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia - stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący wnosil o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu.

Ponadto, Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka: płk mgr W.K. (wojskowy instruktor spadochronowy kl. mistrzowskiej, ponad 5700 skoków ze spadochronem, po zakończeniu wieloletniej kariery sportowej kierownik Cyklu Szkolenia Spadochronowego, nadzorował wydanie podręcznika pt. „Szkolenie spadochronowe żołnierzy”, odznaczony Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski) – w celu wykazania, że:

a. powszechną praktyką na rynku producentów spadochronów jest produkowanie i oferowanie spadochronów, które w ramach jednego typu lub modelu występują w różnych wariantach konfiguracji w związku z wykorzystaniem w szczególności różnych systemów otwierania, różnych systemów wyczepiających, różnych rodzajów czaszy spadochronu, różnych rodzajów osłon czaszy spadochronu, różnych rodzajów łączników, różnych rodzajów linek nośnych i sterowniczych oraz różnych rodzajów pokrowca,

a w związku z tym - i w konsekwencji - także w celu wykazania, że:

b. dostarczony przez Odwołującego w listopadzie 2019 r. spadochron będący na wyposażeniu Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych — tj. główny AD-95 serii 3 i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3 — stanowi ten sam spadochron, co spadochron oferowany przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu, a występujące różnice są przejawem dostarczenia i zaoferowania różnych wariantów konfiguracji tego samego spadochronu (występowanie określonego sprzętu, w tym także spadochronów, w różnych wariantach w zależności od wybranej opcji elementów wyposażenia jest przy tym powszechną praktyką rynkową).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosil co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący zreferował stan faktyczny w niniejszej sprawie.

Odwołujący wskazywał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazywał, że:

a. w wyniku zebranych informacji Zamawiający stwierdził, że „spadochrony w chwili złożenia oferty przez Wykonawcę, nie były użytkowane, tj. nie były na nich wykonywane skoki ani prowadzone szkolenie skoczków spadochronowych oraz nie były serwisowane, a jedynie były przechowywane”,

b. zaoferowany przez Odwołującego w Postępowaniu spadochron nie jest eksploatowany w Siłach Zbrojnych RP, ponieważ charakteryzuje się innymi parametrami technicznymi niż spadochron dotychczas dostarczony przez Odwołującego, pomimo zachowania tej samej nazwy. W ocenie Zamawiającego parametry te wpływają na proces

szkolenia i bezpieczeństwo wykonywania skoków w procesie desantowania. W ocenie Zamawiającego złożony przez Odwołującego przedmiotowy środek dowodowy potwierdza dostawę spadochronu innego niż oferowany, c. w konsekwencji Zamawiający uznał, że nie został spełniony warunek zamówienia, że spadochron jest eksploatowany przez armię należącą do NATO, przez co oferta Odwołującego została uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, co stanowiło przesłankę jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił także, że Zamawiający sformułował w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia wymóg, zgodnie z którym spadochron główny oraz zapasowy powinny być eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO (pkt III.1. SWZ). W związku z tym wymogiem Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci: „dokumentu potwierdzającego, że spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO. Dokument ten musi być wystawiony przez podmiot wojskowy, który eksploatuje te spadochrony lub organ nadzorujący te podmioty (pkt VII.1.1. SWZ).

Zarazem w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiącego Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, przywołane zostały między innymi następujące akty prawne:

a. Decyzja Ministra Obrony Narodowej nr 186/MON z dnia 23 grudnia 2023 r. w sprawie zasad wprowadzania sprzętu wojskowego do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz wycofywania sprzętu wojskowego (Dz. Oz. MON 2021.269) — w pkt 3.10. OPZ.

b. Decyzja Ministra Obrony Narodowej nr 141/MON z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. MON 2017.149) — w pkt 3.7. OPZ (która to Decyzja została uchylona z dniem 1 stycznia 2022 r. Decyzją Ministra Obrony Narodowej nr 116/MON z dnia 1 września 2021 r. w sprawie systemu pozyskiwania sprzętu wojskowego (Dz. Udz. MON 2021.188).

Odwołujący podał, że załączył do oferty — jako przedmiotowy środek dowodowy: „dokument potwierdzający, że spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO. Dokument ten musi być wystawiony przez podmiot wojskowy, który eksploatuje te spadochrony lub organ nadzorujący te podmioty (pkt VII.1.1. SWZ) — pismo Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych z dnia 19 lutego 2024 r., w którym w odpowiedzi na pismo z dnia 12.02.2024 r. Dowódca Komponentu Wojsk Specjalnych przesłał potwierdzenie dotyczące użytkowania spadochronów desantowych AD-95 s. 3 i AZ-95 s. 3 w podległych mu jednostkach wojskowych, zgodnie ze stanem faktycznym, jaki zaistniał od 2020 r. Zgodnie z treścią przesłanego potwierdzenia spadochrony desantowe gr. A, tj. AD-95 s. 3 oraz AZ-95 s. 3 „znajdują się w chwili obecnej na wyposażeniu podległego mi (tj. Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych) Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych oraz były użytkowane w Wojskach Specjalnych w 2020 roku. W latach 2021-2023 nie były użytkowane z uwagi na kwestie formalno-prawne.

W ocenie Odwołującego treść ww. pisma z dnia 19 lutego 2024 r. potwierdza, że oferowane przez Odwołującego spadochrony są eksploatowane przez Siły Zbrojne RP — Dowódca Komponentu Wojsk Specjalnych potwierdził, że spadochrony te są na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP i jedynie czasowo nie były użytkowane (tł. w latach 2021-2023).

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 17 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia i wyjaśnień przedmiotowego środka dowodowego, wskazując między innymi, że: „W SWZ w części VII pkt 1 Zamawiający wymagał, aby Wykonawca złożył wraz z ofertą: w ppkt 1 — dokument potwierdzający, że spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO. Dokument ten musi być wystawiony przez podmiot wojskowy, który eksploatuje te spadochrony lub organ nadzorujący te podmioty.

Wykonawca złożył wraz z ofertą „Potwierdzenie” Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych wystawione w dniu 21.02.2024 r., które nie potwierdza, że spadochrony AD-95 s. 3 oraz AZ-95 s.3 były eksploatowane przez wojska specjalne w latach 2021-2023 oraz w 2024 r. Wobec powyższego, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego eksploatację oferowanego spadochronu głównego i zapasowego.

W związku z powyższym wezwaniem Odwołujący zwrócił się pismem z dnia 24 czerwca 2024 r. do Komendanta Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych z prośbą o potwierdzenie, że spadochrony desantowe — główny AD-95 serii 3, jak i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3, są eksploatowane przez Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych.

W odpowiedzi pismem z dnia 25 czerwca 2024 r. Komendant Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych udzielił odpowiedzi, w której poinformował, że spadochrony desantowe — główny AD-95 serii 3 i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3 są sprawdzone i wdrożone do eksploatacji przez Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych.

Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie do złożenia i wyjaśnień przedmiotowego środka dowodowego — przedkładając ww. pisma. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w dniu 21.10.2019 roku Odwołujący podpisał

umowę z JW 4724 na zakup i dostawę spadochronów desantowych AD-95 serii 3 i AZ-95 serii 3. Zgodnie z zapisami powyższej umowy nr 107/2019 w dniu 27.11.2019 r. na podstawie protokołu odbioru nr 19/2019/AP przekazano powyższy sprzęt użytkownikowi. W konsekwencji wykonania umowy z JW 4724 z dnia 21.10.2019 r. od 2019 roku rozpoczęła się eksploatacja spadochronów desantowych AD-95 serii 3 i AZ-95 serii 3 w Wojskach Specjalnych. W okresie eksploatacji spadochrony desantowe AD-95 serii 3 i AZ-95 serii 3 z powodzeniem zabezpieczały proces szkolenia polskich żołnierzy wojsk specjalnych, sprzęt ten zbierał bardzo dobre opinie od użytkowników. Na wszystkich dostarczonych przez AIR-POL sp. z o.o. spadochronach wykonano dotychczas średnio po około 20 skoków. W lutym 2021 r. zabezpieczono spadochrony w magazynie spadochronowym jednostki jako dowód w sprawie karnej. W miesiącu listopadzie 2023 r. — zakończył się okres zabezpieczenia spadochronów przez prokuraturę. Spadochrony przez cały okres od chwili przyjęcia przez Użytkownika w 2019 roku, aż do dnia dzisiejszego pozostają w eksploatacji. Po przyjęciu spadochronów do eksploatacji wykonywano na nich skoki, realizowano przeglądy i obsługi okresowe. Czasowe wstrzymanie wykonywania skoków na spadochronach w latach 2021-2023 związane było wyłącznie z toczącą się w tym okresie sprawą karną — spadochrony zostały zabezpieczone jako dowody.

Odwołujący wyjaśnił także, iż Zamawiający dokonał następnie samodzielnej weryfikacji informacji z Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych — i ustalił, że w 2024 r. oraz w latach 2021-2023 na spadochronach będących na wyposażeniu Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych nie były wykonywane skoki spadochronowe. Na spadochronach w 2020 r. wykonano z kolei 379 skoków (z wykorzystaniem spadochronu głównego), po czym nastąpiły przyczyny formalno-prawne wstrzymania ich użytkowania. Zamawiający wskazał ponadto w treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty, iż: „Spadochrony zostały zawieszono w eksploatacji w dniu 19.02.2021 r., a przywrócenie ich do eksploatacji wymagało przeglądu i obsługi przez Air-Pol sp. z o.o. Planowane jest wykorzystanie ww. spadochronu w październiku 2024 r.”. Zamawiający stwierdził, że rzekomo „spadochrony w chwili złożenia oferty przez Wykonawcę, nie były użytkowane, tj. nie były na nich wykonywane skoki ani prowadzone szkolenie skoczków spadochronowych oraz nie były serwisowane, a jedynie były przechowywane” .

Zamawiający dokonał ponadto porównania spadochronów będących na wyposażeniu Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych oraz spadochronu oferowanego przez Odwołującego w Postępowaniu — wskutek czego Zamawiający doszedł do wniosku, że pomiędzy tymi spadochronami występują różnice w zakresie pięciu parametrów, przez co porównywane spadochrony miałyby nie być tymi samymi spadochronami (co z kolei doprowadziło Zamawiającego do błędnego wniosku, że spadochron główny AD-95 serii 3 i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3 nie jest eksploatowany w Siłach Zbrojnych RP) — co znalazło wyraz w treści uzasadnienia informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 25 lipca 2024 r.

W związku z tym, że Zamawiający odrzucił także drugą ze złożonych w Postępowaniu ofert — wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu - Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się zaś bezpośrednio do uzasadnienia podniesionych zarzutów Odwołujący wskazywał co następuje.

Zdaniem Odwołującego treść przywołanych pism Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych z dnia 19 lutego 2024 r. oraz Komendanta Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych z dnia 25 czerwca 2024 r. jednoznacznie potwierdza spełnienie sformułowanego w SWZ wymogu, że „spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO” i na tej konkluzji – według niego - Zamawiający powinien był poprzestać w zakresie weryfikacji, czy Odwołujący przedłożył wraz z ofertą dokument potwierdzający, że spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO. Brak bowiem było podstaw i uzasadnienia ku temu, aby Zamawiający dokonywał w związku z powyższym jakichkolwiek dalszych czynności weryfikacyjnych.

Według Odwołującego już z samej tej przyczyny stanąć należałoby na stanowisku, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia — a tym samym nie jest niezgodna z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp — i jako taka nie podlega odrzuceniu w przedmiotowym Postępowaniu.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący podnosił, że pojęcie „eksploatacji” odnoszące się do eksploatacji sprzętu wojskowego — którym Zamawiający posłużył się w pkt III.1. oraz w pkt VII.1.1. SWZ — jest pojęciem zdefiniowanym w aktach prawnych regulujących kwestię wprowadzania sprzętu wojskowego do „Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz wycofywania sprzętu wojskowego, jak również regulujących system pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej - na które to akty prawne Zamawiający wprost powołał się w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

I tak Odwołujący powołał się na Decyzję Ministra Obrony Narodowej nr 186/MON z dnia 23 grudnia 2023 r. w sprawie zasad wprowadzania sprzętu wojskowego do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz wycofywania sprzętu wojskowego, w tym na § 2 pkt 7 zawierający definicję pojęcia eksploatacji sprzętu wojskowego (SpW): „*eksploatacja*

SpW - zespół celowych działań organizacyjno-technicznych i ekonomicznych podejmowanych przez użytkowników wobec SpW oraz wzajemne relacje między nimi, realizowanych od dostawy do Sił Zbrojnych aż do Jego wycofania”.

Przy czym:

- pod pojęciem „dostawy” należy rozumieć dostawę w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (§ 2 pkt 6 Decyzji Ministra Obrony Narodowej nr 186/MON z dnia 23 grudnia 2023 r.),
- pod pojęciem „wycofania SpW z Sił Zbrojnych” należy rozumieć dyspozycję właściwego organu wojskowego w sprawie całkowitego wycofania danego SpW z Sił Zbrojnych § 2 pkt 28 Decyzji Ministra Obrony Narodowej nr 186/MON z dnia 23 grudnia 2023 r.). Decyzja definiuje ponadto pojęcie „wprowadzenia SpW do Sił Zbrojnych” jako dyspozycję właściwego organu wojskowego w sprawie rozpoczęcia eksploatacji danego SpW w Siłach Zbrojnych § 2 pkt 27 Decyzji Ministra Obrony Narodowej nr 186/MON z dnia 23 grudnia 2023 r.).

Z kolei przywołana w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia Decyzja Ministra Obrony Narodowej nr 141/MON z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej zawierała w § 2 pkt 9 następującą definicję pojęcia eksploatacji sprzętu wojskowego (SpW):

„eksploatacja SpW - zespół celowych działań organizacyjno-technicznych i ekonomicznych podejmowanych przez personel wobec SpW oraz wzajemne relacje między nimi, od chwili wprowadzenia SpW do Sił Zbrojnych aż do jego wycofania, których celem jest utrzymywanie takich warunków organizacyjno-technicznych, aby funkcje użytkowe SpW mogły być wykorzystane w założonym czasie, miejscu i z określoną intensywnością”.

Odwołujący podkreślił, że z treści pism Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych z dnia 19 lutego 2024 r. oraz Komendanta Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych z dnia 25 czerwca 2024 r., jak również z treści okoliczności będących przedmiotem ustaleń Zamawiającego wynika jednoznacznie, że w świetle przywołanych definicji spadochrony były i są w dalszym ciągu, wbrew błędnemu stanowisku Zamawiającego, eksploatowane przez Siły Zbrojne RP. Odwołujący stwierdził przy tym, że:

- a. spadochrony te zostały dostarczone do Sił Zbrojnych RP w wykonaniu umowy zawartej w listopadzie 2019 r. w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych,
- b. spadochrony te zostały formalnie wprowadzone do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,
- c. spadochrony te nigdy nie zostały wycofane z Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,
- d. przywołane Decyzje Ministra Obrony Narodowej nie znają, ani nie definiują instytucji „zawieszenia w eksploatacji”.
W konsekwencji uzasadnione jest przyjęcie bardziej potocznego i węższego zakresu tego pojęcia niż w przypadku pojęć takich jak zdefiniowane i określone w przywołanych aktach prawnych pojęcia „eksploatacja” oraz pojęcia definiujące moment rozpoczęcia i zakończenia eksploatacji sprzętu wojskowego. Brak wykonywania skoków spadochronowych w okresie od 2021 r. do 2023 r. nie był równoznaczny z tym, że w tym okresie spadochrony nie były eksploatowane przez Siły Zbrojne RP — wręcz przeciwnie, spadochrony te były przez cały ten okres eksploatowane przez Siły Zbrojne RP, a z całą pewnością były eksploatowane na moment złożenia przez Odwołującego oferty w Postępowaniu,
- e. czasowe zawieszenie użytkowania spadochronów (wyłącznie w określonym zakresie — tj. w zakresie wykonywania skoków), do którego odniósł się Zamawiający, nastąpiło z przyczyn formalno-prawnych. Pozostawało to bez związku z cechami technicznymi spadochronów, które sprawiły, że spadochrony te zostały wprowadzone do Sił Zbrojnych RP jako armii kraju należącego do NATO. Zarazem tymczasowy brak wykonywania skoków z użyciem spadochronów nie zniweczył faktu, że spadochrony te zostały wprowadzone do Sił Zbrojnych RP i że rozpoczęła się ich eksploatacja — w ramach której w samym 2020 r. wykonano z ich użyciem 379 skoków (dot. spadochronu głównego) — która to eksploatacja trwa do dnia dzisiejszego,
- f. Zamawiający arbitralnie i błędnie przyjął, że tymczasowa przerwa (która zakończyła się przed złożeniem oferty przez Odwołującego) w określonym sposobie wykorzystania spadochronów przez Siły Zbrojne RP równoznaczna jest z brakiem eksploatacji tych spadochronów przez Siły Zbrojne RP. Zamawiający nie miał podstaw do dokonania tak daleko idącej i nieuprawnionej wykładni, zwłaszcza że w okresie od 2021 r. do 2023 r. spadochrony były przechowywane, magazynowane, ale też obsługiwane, zgodnie z „Opisem technicznym wraz instrukcją składania i użytkowania spadochronu AD-95 serii 3”, którym dysponuje Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych. W szczególności należy zwrócić uwagę na wymagane czynności eksploatacyjne w odniesieniu do spadochronów (Część III „Zasady Eksploatacji” — str. 48 Opisu technicznego wraz z instrukcją składania i użytkowania spadochronu AD-95 serii 3), takie jak między innymi:
 - przeglądy techniczne przeprowadzane nie rzadziej niż raz w roku,
 - wietrzenie spadochronów przez czas nie krótszy niż 24 godziny i ponowne ich składanie nie rzadziej niż raz na 180 dni, przeglądy stanu technicznego,
 - rozmontowywanie trójpięścieniowego systemu wyczepiającego i czynności konserwacyjne dotyczące elementów tego systemu,które to czynności były wykonywane (i powinny być wykonywane) przez użytkownika spadochronów niezależnie od

tego, czy spadochrony w danym okresie były wykorzystywane do wykonywania skoków, czy też nie. Okoliczność wykonywania tych czynności nieprzerwanie od momentu dostarczenia spadochronów została potwierdzona przez Komendanta Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych pismem z dnia 18 czerwca 2024 r. Odwołujący podkreślił, że wymienione czynności związane z obsługą spadochronów, jak również należyte przechowywanie spadochronów, składają się na spektrum czynności stanowiących eksploatację tych spadochronów.

Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że Komendant Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych w piśmie skierowanym do Zastępcy Szefa Agencji Uzbrojenia z dnia 8 lipca 2024r. jednoznacznie stwierdził, że „przywrócenie do eksploatacji” przedmiotowego sprzętu spadochronowego nastąpiło w dniu 1 grudnia 2023 r. Dodał też, że z ww. pisma wynika, że okres tak zwanego „zawieszenia w eksploatacji” przedmiotowych spadochronów (nawet jeśli przyjąć hipotetycznie, że przed tą datą spadochrony nie były od lutego 2021 r. eksploatowane — co w świetle przedstawionego stanowiska dot. obsługi spadochronów i podejmowanych wobec nich czynności nie byłoby prawdziwe) zakończył się z dniem 1 grudnia 2023 r., a zatem na dzień złożenia przez Odwołującego oferty w Postępowaniu przedmiotowe spadochrony były eksploatowane przez Siły Zbrojne RP jako armię kraju należącego do NATO (i są eksploatowane w dalszym ciągu).

Odwołujący podkreślił również, że spadochrony AD-95 s.3 oraz AZ-95 s.3 spełniają standardy NATO, przez co realizują cele formułowane przez Zamawiającego w odniesieniu do spadochronów będących przedmiotem zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący wywodził, że spadochron zaoferowany przez Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu jest tym samym spadochronem, który jest eksploatowany przez Siły Zbrojne RP (Wojska Specjalne).

Odwołujący podkreślił, że będący na wyposażeniu Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych spadochron AD-95 s.3 oraz AZ-95 s.3 to ten sam — który został zaoferowany przez Odwołującego w niniejszym Postępowaniu. Wskazane przez Zamawiającego różnice — w zakresie, w jakim dotyczą cech i parametrów technicznych spadochronów — są przejawem wstępowania różnych wariantów konfiguracji tego samego spadochronu (występowanie określonego sprzętu, w tym także spadochronów, w różnych wariantach w zależności od wybranej opcji elementów wyposażenia jest przy tym powszechną praktyką rynkową: różne warianty tego samego produktu nie sprawiają, że poszczególne warianty stają się różnymi produktami).

Następnie Odwołujący odniósł się w formie tabelarycznej do poszczególnych różnic przywołanych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu jego oferty, wskazując m.in., że:

- 1) czas eksploatacji spadochronu nie jest parametrem technicznym, ale prawnie określonym zobowiązaniem producenta. Odwołujący na podstawie dotychczasowej eksploatacji sprzętu w kraju, jak i poza jego granicami, zrezygnował z wymogu przeglądu technicznego po 12 latach eksploatacji spadochronów AD-95 serii 3 i AZ-95 serii 3 pozostawiając 20 letni rezsurs eksploatacji;
- 2) Spółka Air-Pol sp. z o.o. na podstawie kolejnych umów z Siłami Zbrojnymi przeprowadziła badania spadochronów użytkowanych w Siłach Zbrojnych, w ramach których została wykonana maksymalna liczba skoków. Badania potwierdziły możliwość zwiększenia maksymalnej liczby skoków (co zostało zawarte w biuletynie, który jest na etapie uzgodnień z ZW AiZ w stosunku do spadochronów eksploatowanych w Siłach Zbrojnych). Jednocześnie producent we wszystkich nowo produkowanych spadochronach (po 29.03.2024 tj. po zatwierdzeniu raportu z badań) przyjął docelową liczbę skoków w liczbie 200.

Odwołujący podkreślił przy tym, że chodzi o dokładnie takie same spadochrony — tj. ani zmiana maksymalnej liczby skoków, ani też wydłużenie Gwarantowanego Okresu Przydatności Technicznej (czy też rezygnacja z wymogu przeglądu technicznego po 12 latach) nie wynikają z tego, ani nie świadczą o tym, aby parametry techniczne spadochronów uległy zmianie. Wręcz przeciwnie - parametry techniczne spadochronów nie uległy zmianie w jakimkolwiek zakresie. Producent, opierając się na doświadczeniach z dotychczasowego użytkowania spadochronówna przeprowadzonych testach wydłużył okres eksploatacji do 20 lat, a wielokrotność użycia do 200 skoków;

3) maksymalna masa spadochronu w treści „Opisu technicznego wraz instrukcją składania i użytkowania spadochronu AD-95 serii 3”, dostarczonego do Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych, określona została w odniesieniu do spadochronu AD-95 serii 3 jako 18,5 kg.

Masa ta uwzględnia ukończenie spadochronu we wszystkie (cztery) przewidziane dla tego typu spadochronu systemy otwarcia, które mogą być wymiennie stosowane. Systemy te różnią się ilością zastosowanych części, co zmienia masę zestawu — w zależności od zastosowanego w danym wariantcie konkretnego systemu otwarcia.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający sformułował wymóg ukończenia spadochronu tylko w jeden system otwarcia (samoczynny system otwarcia) którego zastosowanie w spadochronie generuje masę spadochronu na

poziomie 17,3 kg \pm 4% (a zatem masę niższą niż najcięższy z wariantów systemu otwarcia).

W niniejszym postępowaniu zaoferowany został więc dokładnie taki sam typ spadochronu – z tym, że Wykonawca dostosował określenie maksymalnej masy spadochronu do jednego konkretnego posiadanego w swojej ofercie systemu otwarcia (stosownie do wymogów Zamawiającego określonych w SWZ). Tym samym maksymalna masa spadochronu jest mniejsza niż w przypadku wyposażenia zestawu spadochronowego także w inne, cięższe, systemy otwierania;

4) Zestaw spadochronowy / system spadochronowy zbudowany jest z spadochronu głównego, zapasowego, uprząży zasobnika osobistego, pokrowca na uzbrojenie. Części składowe elementów systemu, tj. np. czasza spadochronu, jej osłony, łączniki, nośne sterownicze, pokrowiec są elementami, które można wymieniać na inne z danego typu np. czasze z różnymi możliwościami sterowania lub obrotu, generujące lub nie generujące prędkość postępową. Powszechną praktyką rynkową jest wyposażanie i ukompletowanie systemu spadochronowego w kilka modeli i wykonań czasz z możliwością natychmiastowej wymiany tak, aby spełnić określone oczekiwania Zamawiającego lub dokonać zmiany parametru technicznego systemu spadochronowego w celu wykonania określonego zadania operacyjnego. Powyższe rozwiązanie ma zastosowanie także w odniesieniu do spadochronu AD-95 serii 3 oferowanego w niniejszym postępowaniu, jak również użytkowanego przez Siły Zbrojne RP. Wykonanie 4 (czwarte) czaszy spadochronu AD-95 serii 3 – bez prędkości postępowej z możliwością wykonania obrotu to jeden z możliwych wariantów oferowanego tego samego produktu i taki zapis znajduje się w instrukcji dostarczonej wraz ze spadochronem „Opis techniczny oraz instrukcja składania i użytkowania spadochronu AD-95 serii 3” dostarczonej do Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych. Odwołujący zaoferował w niniejszym Postępowaniu wykonanie 4 (czwarte) czaszy, którego system sterowania jest z powodzeniem stosowany w eksploatowanych w Siłach Zbrojnych RP spadochronach L-2 Kadet.

Odwołujący przy tym podkreślił ponownie, że każdy typ spadochronu może być na poziomie szczegółowych rozwiązań oferowany w różnych wariantach w zależności od oczekiwań nabywcy, niemniej cały czas mamy do czynienia z tym samym typem spadochronu (w tym wypadku z typem AD-95 serii 3).

5) System wyczepny czaszy głównej służy wyłącznie do wyczepienia czaszy skoczka po wylądowaniu w przypadku zagrożenia jego życia — (np. w sytuacji ciągnięcia podczas silnego wiatru po zrzutowisku). Spółka Air-Pol sp. z o.o. oferuje Zamawiającym możliwość wyboru typu zamka wyczepnego. W przetargu z roku 2019 Zamawiający sformułował wymóg zastosowania trójpierścieniowego systemu wyczepnego i taki wariant został dostarczony. Zamawiający w niniejszym Postępowaniu sformułował wymóg zastosowania systemu typu Capewell — i taki też wariant został przez Odwołującego zaoferowany. Oba te systemy zamontowane są na tym samym spadochronie, jaki dostarczono dla Wojsk Specjalnych w roku 2019 oraz zaoferowano Zamawiającemu w niniejszym Postępowaniu.

Odwołujący zauważył też, że spółka Safran Electronics & Defense, która złożyła w niniejszym Postępowaniu ofertę konkurencyjną w stosunku do oferty Odwołującego, również stosuje w produkowanym przez siebie sprzęcie zarówno trójpierścieniowy system wyczepny, jak i zamki Capewell.

Dalej Odwołujący zauważył, że nie może zgodzić się z Zamawiającym, który zdaje się oczekiwać, że wykonawcy wykażą, że typy spadochronu oferowane w Postępowaniu mają w 100% identyczne parametry jak spadochrony dostarczone w przeszłości na rzecz innych zamawiających. Powszechną i oczywistą praktyką rynkową jest, że produkty różnią się parametrami w ramach różnych wariantów tego samego modelu, co może wynikać z następujących względów:

1) może to wynikać z opcjonalnej konfiguracji oferowanej przez producentów w ramach wybranych modeli. Każdy model spadochronu może być na poziomie szczegółowych rozwiązań oferowany w różnych wariantach w zależności od oczekiwań nabywcy i zamawiającego- niemniej cały czas mamy do czynienia z danym typem spadochronu,

2) producent może wprowadzać drobne modyfikacje wynikające z doświadczeń użytkowników oraz wewnętrznych testów jakości. Te zmiany mają na celu poprawę funkcjonalności i bezpieczeństwa użytkowania spadochronu,

3) wraz z postępem technologicznym, producenci spadochronów wprowadzają do swoich produktów nowe rozwiązania i udoskonalenia. Może to obejmować zmiany w materiałach, konstrukcji lub mechanizmach otwierania. W wyniku tych zmian pewne parametry spadochronu mogą ulec modyfikacji, nawet w ramach tego samego typu. Z tej przyczyny nie można oczekiwać, że każdy egzemplarz danego typu będzie identyczny w każdym szczególe. Kluczowe jest, aby oferowany produkt spełniał wszystkie istotne wymagania funkcjonalne i bezpieczeństwa określone w specyfikacji przetargowej — oraz był w swojej istocie zbieżny z produktami, co do których wykonawca wykazuje, że są już eksploatowane.

Zamawiający, formułując postulat identyczności spadochronów oferowanych do spadochronów eksploatowanych, pomija chociażby, że każdy spadochron ma swój indywidualny numer seryjny. Dwa porównywane ze sobą spadochrony zawsze będą się ze sobą różniły chociażby numerami seryjnymi — z powyższej okoliczności nie można natomiast wysnuwać wniosku, że nie są to takie same spadochrony.

Odwołujący zauważył także, że wskazane przez Zamawiającego różnice w porównywanych spadochronach:

- a. są bardzo nieliczne (w gruncie rzeczy jedynie 2 różnice dotyczące parametrów technicznych spadochronu) — co samo w sobie świadczy o tym, że porównywane warianty sprzętu stanowią ten sam spadochron,
- b. mają charakter zasadniczo błahy — nie przesądzają o istocie i jakości oferowanego sprzętu,
- c. wynikają ze specyficznych, szczegółowych wymogów sformułowanych przez Zamawiającego odnośnie konkretnego wariantu wyposażenia spadochronu.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie może oczekiwać, że wykonawca wykaże w każdym przypadku, że dany model spadochronu nie różni się jakimikolwiek parametrami od modelu, który jest już eksploatowany. Jak już zostało wskazane - produkt może różnić się parametrami w obrębie wybranego typu ze względu na opcjonalność oferowanego produktu i konfigurowanie go do potrzeb konkretnego zamawiającego, czy rozwój produktu związany z drobnymi modyfikacjami wynikającymi z doświadczeń użytkowników lub postępu technologicznego.

Ponadto wskazał, iż z uwagi na zróżnicowane oczekiwania zamawiających na poziomie szczegółowych rozwiązań — powszechne są różnice parametrów w ramach różnych wariantów tego samego modelu sprzętu. Spadochrony eksploatowane w Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych stanowią ten sam typ spadochronów jak oferowany przez Odwołującego w niniejszym Postępowaniu - model AD-95 serii 3 oraz model AZ -95 serii 3. Drobne różnice w parametrach wynikają z zastosowania opcjonalnych rozwiązań technicznych. Różnice dotyczące maksymalnego czasu eksploatacji oraz maksymalnej liczby skoków wynikają z kolei z doświadczeń z dotychczasowego użytkowania i przeprowadzonych testów.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że ten sam Zamawiający w ramach Projektowanych Postanowień Umowy przewidział w § 5 ust. 6, że „przez cały okres eksploatacji Wyrobu, Wykonawca zobowiązany jest dostarczać wszelki informacje i zalecenia mające na celu zwiększenie bezpieczeństwa, podniesienie walorów użytkowych lub usprawnienie obsługi technicznych”, a zatem oczekuje, iż dostarczone mu spadochrony będą ewoluowały i zmieniały się w czasie.

Odwołujący podkreślił ponadto, że oferowany spadochron jest jedynym spadochronem który nie zmieni systemu szkolenia i zwiększy bezpieczeństwo wykonywanych skoków, albowiem:

- a) spadochron ten jest kontynuacją rozwiązań przyjętych w poprzedniej wersji, tj. w spadochronie AD-95M serii 2;
- b) system szkolenia skoczków pozostałby ten sam po wprowadzeniu spadochronu oferowanego w przez Odwołującego w niniejszym Postępowaniu;
- c) system obsługi i remontu oferowanych przez Odwołującego spadochronów pozostałby niezmienny w stosunku do systemu funkcjonującego w Jednostkach Wojskowych Sił Zbrojnych RP.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że jego oferta nie jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu.

W ostatniej części uzasadnienia odwołania Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, czym naruszył art. 16 pkt 1 Pzp.

Swoje twierdzenia w tym zakresie Odwołujący oparł na tym, że w odniesieniu do złożonej przez niego oferty, jak również w związku ze złożoną przez Odwołującego odpowiedzią na wezwanie do złożenia i wyjaśnień przedmiotowego środka dowodowego z dnia 27 czerwca 2024 r., Zamawiający z własnej inicjatywy podjął daleko idące czynności zmierzające do weryfikacji tego, czy spadochrony wskazane w załączonym do oferty przedmiotowym środku dowodowym potwierdzającym eksploatację spadochronu przez armię kraju należącego do NATO, eksploatowane przez Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych, rzeczywiście są eksploatowane przez Siły Zbrojne RP (oraz jakie są szczegółowe okoliczności dotyczące tej eksploatacji). Ponadto Zamawiający dokonał analizy cech tych spadochronów, jak również dokonał porównania tych cech z cechami spadochronu zaoferowanego przez Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu. Natomiast w stosunku do spadochronu zaoferowanego przez Safran Eletronics & Defense Zamawiający w ogóle nie podjął jakichkolwiek czynności weryfikacyjnych, a w szczególności:

- a. nie zwrócił się do podmiotu, który wystawił potwierdzenie eksploatacji spadochronu przez armię kraju należącego do NATO, o potwierdzenie i przekazanie informacji dotyczących dostarczonego do tego podmiotu (i eksploatowanego) spadochronu,
- b. nie dokonał weryfikacji cech spadochronu wskazanego przez Safran Eletronics & Defense jako spadochronu eksploatowanego przez armię kraju należącego do NATO pod kątem tożsamości tego sprzętu (bądź ewentualnych różnic) ze spadochronem zaoferowanym przez Safran Eletronics & Defense w przedmiotowym Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego powyższe świadczy o stosowaniu przez Zamawiającego radykalnie odmiennych standardów w ramach badania i oceny ofert w stosunku do poszczególnych wykonawców, którzy wzięli udział w przedmiotowym Postępowaniu — a tym samym o nierównym traktowaniu wykonawców i dyskryminacji Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W dniu 17 kwietnia 2024 roku Zamawiający przekazał Wykonawcom, w tym Odwołującemu, informację o zakończeniu negocjacji i zaproszenie do złożenia oferty. SWZ stanowił załącznik do zaproszenia.

W pkt III.1. SWZ Zamawiający wskazał, że:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa podstawowych spadochronów desantowych zwanych dalej Wyrobem w ilości 900 szt. z pakietem logistycznym, dokumentacją i szkoleniem wraz z pakietem szkoleniowym. Spadochron główny oraz zapasowy powinny być eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO oraz powinny przejść badania typu lub klasyfikację typu lub posiadać poświadczenie zdatności do skoku.

W pkt VII.1. ppkt 1) SWZ Zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą:

- 1) dokumentu potwierdzającego, że spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO. Dokument ten musi być wystawiony przez podmiot wojskowy, który eksploatuje te spadochrony lub organ nadzorujący te podmioty.

Odwołujący zaoferował dostawę spadochronu głównego AD-95 serii 3 oraz spadochronu zapasowego AZ-95 serii 3. Do oferty została załączona m.in. dokumentacja techniczna tych spadochronów. Do oferty Odwołujący dołączył też przedmiotowy środek dowodowy – Potwierdzenie Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych dotyczące użytkowania spadochronów desantowych AD-95 s. 3 i AZ-95 s. 3 w podległych jednostkach specjalnych (datowane na 21.02.2024 r.) oraz Potwierdzenie, że spadochrony grupy A, tj. AD-95 s. 3 i AZ-95 s. 3 znajdują się w chwili obecnej na wyposażeniu podległego Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych oraz były użytkowane w Wojskach Specjalnych w 2020 roku. W latach 2021-2023 nie były użytkowane z uwagi na kwestie formalno-prawne.

W dniu 25 lipca 2024 roku Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w Postępowaniu o odrzuceniu obu ofert złożonych w tym Postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający odrzucił obie oferty w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uznając, że treść tych ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego określonym w rozdziale VII pkt I ppkt 1) SWZ, Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że spadochron główny oraz zapasowy jest eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO. Dokument ten miał być wystawiony przez podmiot wojskowy, który eksploatuje te spadochrony lub organ nadzorujący te podmioty.

Wykonawca złożył wraz z ofertą „Potwierdzenie” Dowódcy Komponentu Wojsk Specjalnych, wystawione w dniu 21.02.2024 r., że spadochrony AD-95 s.3 oraz AZ-95 s.3 znajdują się na wyposażeniu oraz były użytkowane w Wojskach Specjalnych w 2020 r. W latach 2021-2023 spadochrony nie były użytkowane z uwagi na kwestie formalno-prawne (postępowanie prokuratorskie). Zamawiający zwrócił się do wystawcy ww. dokumentu o udzielenie informacji, odnośnie eksploatacji spadochronów i wykonywania w 2024 r. na nich skoków. Otrzymało odpowiedź, że spadochrony nie są obecnie eksploatowane i oczekują na przegląd pogwarancyjny.

Wobec powyższego, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego eksploatację oferowanego spadochronu głównego i zapasowego. W odpowiedzi Wykonawca złożył dokument Szefa Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych (CSzWS) w którym stwierdzono, że „spadochrony desantowe — główny AD-95 serii 3 i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3 są sprawdzone i wdrożone do eksploatacji przez Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych

Zamawiający po weryfikacji informacji z CSzWS ustalił, że w 2024 r. oraz w latach 2021-2023 na spadochronach będących na wyposażeniu CSzWS, nie były wykonywane skoki spadochronowe. Na spadochronach w 2020 r. wykonano 379 skoków (z wykorzystaniem spadochronu głównego), po czym nastąpiły przyczyny formalno — prawne wstrzymania ich użytkowania.

Spadochrony zostały zawieszono w eksploatacji w dniu 19.02.2021 r., a przywrócenie ich do eksploatacji wymagało przeglądu i obsługi przez Air-Pol Sp. z o.o. Planowane jest wykorzystanie ww. spadochronu w październiku 2024 r.

W wyniku powyższych informacji Zamawiający stwierdza, że spadochrony w chwili złożenia oferty przez Wykonawcę, nie były użytkowane tj. nie były na nich wykonywane skoki ani prowadzone szkolenie skoczków spadochronowych oraz nie były serwisowane, a jedynie były przechowywane.

Będący na wyposażeniu CSzWS „spadochron główny AD-95 serii 3 — wykonanie I i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3”, ma m.in. następujące parametry:

1. czas eksploatacji 12 lat (Istnieje możliwość wydłużenia okresu do 20 lat, na podstawie umowy z zamawiającym oraz pod warunkiem wykonania przeglądu fabrycznego po 12 latach użytkowania);
2. wielokrotność użycia: 150 skoków;
3. maksymalna masa spadochronu głównego (bez torby transportowej) 18,5 kg;
4. spadochron ma możliwość opadania z prędkością postępową sterowaną przez skoczka do prędkości maksymalnej 4,5 m/s;
5. trójpierścieniowy system wyczepiający.

Wykonawca wprowadza rozróżnienie czasów głównych między spadochronami AD-95 serii 3 — w „Opisie technicznym oraz instrukcji składania i użytkowania spadochronu AD-95 serii 3 dostarczonym wraz ze spadochronem do CSzWS, wprowadzając wykonania 1, 3 i 4. W zależności od wykonania czaszy głównej ma ona inne parametry w zakresie prędkości poziomej (postępowej) oraz czasu pełnego obrotu. Parametry te stanowią istotną różnicę podczas wykonywania skoków.

Natomiast oferowany przez Wykonawcę w postępowaniu na podstawowy spadochron desantowy spadochron główny AD-95 serii 3 i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3 ma m.in. następujące parametry:

1. gwarantowany okres przydatności technicznej (GOPT) wynosi 20 lat, w tym 18 lat eksploatacji bezpośredniej bez konieczności wykonywania dodatkowych prac obsługowych;
2. norma eksploatacji spadochronu AD-95 serii 3 wynosi 200 skoków;
3. masa spadochronu głównego — nie większa niż 18 kg;
4. spadochron desantowy główny AD-95 serii 3 czasza z możliwością obracania bez prędkości postępowej ;
5. taśmy nośne zawierają elementy dwustopniowego systemu wyczepiania taśm nośnych Capewell.

Zaferowany przez Wykonawcę w postępowaniu nr AU/269/IX-85/ZO/NBO/D()S/Z/2()23 na dostawę podstawowego spadochronu desantowego - spadochron główny AD-95 serii 3 i spadochron zapasowy AZ-95 serii 3 nie jest eksploatowany w Siłach Zbrojnych RP, ponieważ charakteryzuje się innymi parametrami technicznymi niż spadochron dotychczas dostarczony przez Wykonawcę, pomimo zastosowania tej samej nazwy. Powyższe parametry wpływają na proces szkolenia i bezpieczeństwo wykonywania skoków w procesie desantowania. Złożony przez Wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy, potwierdza dostawę spadochronu innego niż oferowany tj. głównego AD-95 serii 3 — wykonanie I i spadochronu zapasowego AZ-95 serii 3.

W związku z powyższym, nie został spełniony warunek zamówienia, że spadochron jest eksploatowany przez armię należącą do NATO.

Zamawiający uznaje, że treść złożonej przez Air-Pol Sp. z o.o. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, stanowi przesłankę jej odrzucenia.”.

Wobec powyższych czynności Odwołujący wniósł odwołanie dnia 5 sierpnia 2024 roku.

W dniu 22 sierpnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska Stron złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

W dniu 8 sierpnia 2024 roku SAFRAN ELECTRONICS & DEFENSE z siedzibą w Paryżu (Francja) wniósł przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2024 roku Odwołujący wniósł opozycję przeciw przystąpieniu ww. Wykonawcy do postępowania odwoławczego uzasadniając swój wniosek tym, że Wykonawca ten nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że oferta złożona przez SAFRAN ELECTRONICS & DEFENSE została odrzucona, a Wykonawca ten nie złożył odwołania od tej czynności Zamawiającego. W konsekwencji nie istnieje choćby teoretyczna możliwość, aby oferta ww. Wykonawcy została wybrana w przypadku oddalenia odwołania wniesionego przez Odwołującego oraz aby Zamawiający zawarł umowę z tym Wykonawcą.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołującego względem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy SAFRAN ELECTRONICS & DEFENSE z siedzibą w Paryżu

(Francja).

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Natomiast zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp wykonawcą jest - osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Z powyżej powołanych przepisów wynika, że podmiotem uprawnionym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest wykonawca. Skoro zaś oferta SAFRAN ELECTRONICS & DEFENSE została odrzucona, a Wykonawca nie złożył odwołania od tej czynności, to oznacza, że podmiot ten utracił status wykonawcy w tym Postępowaniu.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 526 ust. 2 ustawy Pzp - uwzględniła opozycję.

W dalszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu z następujących względów.

Na wstępie Izba przywoła brzmienie przepisów wskazanych w podstawach prawnych podnoszonych przez Odwołującego zarzutów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Stosownie do art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez Odwołującego i zasadnie uznał, że oferta ta podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przypomnieć należy, że przedmiotem postępowania jest dostawa podstawowych spadochronów desantowych, które zgodnie z punktem III.1. SWZ powinny być eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO. W celu potwierdzenia, że spadochron główny i zapasowy są eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO Zamawiający wymagał przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu wystawionego przez podmiot wojskowy, który eksploatuje te spadochrony lub organ nadzorujący ten podmiot.

Tytułem uwag wstępnych należy też podkreślić, że nie było sporne pomiędzy Stronami, że parametry/funkcjonalności opisane w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego były odmienne w przypadku spadochronów oferowanych w tym Postępowaniu niż w przypadku spadochronów, które były dotychczas eksploatowane przez Siły Zbrojne RP. Różnice w głównej mierze wynikały z konieczności dostosowania parametrów oferowanych spadochronów do wymogów określonych w SWZ. Jednocześnie należy zauważyć, że obie Strony wywodziły z tych faktów odmienne wnioski. Odwołujący stał na niezmiennym stanowisku, że spadochrony oferowane to te same spadochrony co uprzednio dostarczone i eksploatowane w armii Rzeczypospolitej Polski (czyli kraju należącego do NATO), a oferowane obecnie spadochrony to po prostu inna konfiguracja tego samego sprzętu. Tymczasem, zdaniem Zamawiającego, nie są to te same spadochrony, albowiem cechują je odmienne parametry, co też szczegółowo opisał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uznając, że Odwołujący zaoferował spadochrony, które nie były eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO, ponieważ charakteryzują się innymi parametrami niż spadochrony, które zostały dostarczone przez Odwołującego i są eksploatowane przez Siły Zbrojne RP, i których to dotyczył złożony przedmiotowy środek dowodowy. Za Zamawiającym należy wskazać, że te różnice występują w zakresie:

1. gwarantowanego okresu przydatności technicznej;
2. normy eksploatacji spadochronu w zakresie wykonanych skoków;
3. dopuszczalnej masy spadochronu głównego;
4. wyposażenia spadochronu desantowego głównego w czaszę z możliwością obracania bez prędkości postępowej;
5. wyposażenia w taśmy nośne zawierające elementy dwustopniowego systemu wyczepiania taśm nośnych Capewell.

W ocenie Izby wypunktowane przez Zamawiającego różnice świadczą o tym, że Odwołujący w istocie zaoferował inne spadochrony niż te co były dotychczas eksploatowane. A wymóg opisany w SWZ i konkretyzujący przy tym przedmiot zamówienia był oczywisty: wykonawca był zobowiązany do zaoferowania spadochronów eksploatowanych przez armię kraju należącego do NATO. Te zaś spadochrony, które są przedmiotem oferty Odwołującego, nie są eksploatowane przez armię kraju należącego do NATO – z uwagi na to, że mają inne parametry, nota bene zgodne z wymaganiami SWZ, ale nie były one sprawdzone w dotychczasowej eksploatacji przez armię kraju należącego do NATO.

Odnosnie wniosku dowodowego Odwołującego, który z uwagi na stan zdrowia osoby, mającej występować w charakterze świadka, został przez Odwołującego zmodyfikowany w ten sposób, że wnosił on jedynie o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci „stanowiska pisemnego świadka” stwierdzić należy, że dokument ten stanowi tylko i wyłącznie opinię prywatną P. płk W.K..

Izba zgadza się z opinią, że w zależności od potrzeb i wymagań zamawiających producent może dostosować spadochron, jego walory techniczne i funkcjonalności, i zaproponować różne modele konfiguracji oferowanych przez siebie spadochronów. Co zresztą może być korzystne dla zamawiających. Jednakże w tym postępowaniu Zamawiający sformułował dodatkowy wymóg, aby ten spadochron był wcześniej eksploatowany przez armię kraju należącego do NATO, co wykonawca winien był potwierdzić stosownym dokumentem. Z uwagi za różnice w parametrach i funkcjonalnościach obu spadochronów nie jest zasadnym stwierdzenie, że spadochrony AD-95 s.3. i AZ-95 s.3 oferowane przez Odwołującego i wcześniej dostarczone i eksploatowane przez Siły Zbrojne RP to te same spadochrony. Odwołujący też niezasadnie bagatelizował występujące różnice.

Natomiast argumentacja Zamawiającego, która również znalazła swoje odzwierciedlenie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że na spadochronach nie są wykonywane skoki, a zatem nie są one eksploatowane nie znalazła uznania Izby.

Pismo Centrum Szkolenia Wojsk Specjalnych potwierdza, że przywrócenie do eksploatacji sprzętu spadochronowego nastąpiło w dniu 01.12.2023 r. Ponadto to, że nie były wykonywane skoki na tych spadochronach nie świadczy o tym jeszcze, że te spadochrony nie były eksploatowane. Nie było bowiem przeszkód formalno-prawnych do ich użytkowania, a jedynie spadochrony te oczekiwały na przegląd gwarancyjny. Izba zwraca uwagę na definicję eksploatacji sprzętu wojskowego i jego wycofania, powołaną przez Odwołującego w odwołaniu. W odniesieniu do spadochronów użytkowanych przez Siły Zbrojne AD-95 s.3. i AZ-95 s.3 nie było ich formalnego wycofania.

Niemniej jednak z przyczyn, o których mowa była uprzednio, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że treść oferty Odwołującego nie jest zgodna z warunkami zamówienia, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższych ustaleń nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, co zobowiązywało Zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający podejmował wiele czynności w stosunku do oferty Odwołującego, nawet jeśli było ich niewspółmiernie więcej niż w stosunku do oferty drugiego z wykonawców to nie oznacza, że tylko z samego tego faktu należy wywodzić wnioski o nierównym traktowaniu wykonawców. Należy zwrócić uwagę, że finalnie obie oferty zostały odrzucone. Być może w odniesieniu do oferty wykonawcy SAFRAN ELECTRONICS & DEFENSE podstawy odrzucenia oferty były oczywiste i Zamawiający nie widzi podstaw do przeprowadzania dalszych czynności w zakresie badania tej oferty.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że także ten zarzut się nie potwierdził.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....