

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2024 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Rekord Hale Namiotowe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Instytut Rozwoju Oporządzenia Taktycznego sp. z o.o. z siedzibą w Ornece oraz A.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Cheman A.R. z siedzibą w Osielsku** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: BOGMAR BB sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz J.N., Siuda Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Rekord Hale Namiotowe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Instytut Rozwoju Oporządzenia Taktycznego sp. z o.o. z siedzibą w Ornece oraz A.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Cheman A.R. z siedzibą w Osielsku zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Rekord Hale Namiotowe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Instytut Rozwoju Oporządzenia Taktycznego sp. z o.o. z siedzibą w Ornece oraz A.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Cheman A.R. z siedzibą w Osielsku 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2363/24

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa w 2024 roku przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – szelki do przenoszenia oporządzenia”, nr sprawy: 11/2024/D-OiB. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2024 r., numer wydania: Dz. U. S: 247/2023, numer publikacji ogłoszenia: 00783663-2023.

W dniu 5 lipca 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Rekord Hale Namiotowe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Instytut Rozwoju Oporządzenia Taktycznego sp. z o.o. z siedzibą w Ornece oraz A.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Cheman A.R. z siedzibą w Osielsku – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: BOGMAR BB sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz J.N., Siuda Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi (dalej również jako Konsorcjum BOGMAR – JOAN Iu Przystępujący), odpowiednio dla: • Zadania nr 1 – Szelki do przenoszenia oporządzenia • Zadania nr 2 – Szelki do przenoszenia oporządzenia • Zadania nr 3 – Szelki do przenoszenia oporządzenia • Zadania nr 4 – Szelki do przenoszenia oporządzenia

2) czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia ww. oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia; wbrew faktom wynikającym z dokumentów zamówienia oraz z naruszeniem ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BOGMAR – JOAN

2. art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i wybór oferty podlegającej odrzuceniu z

naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
- 3) dokonania ponownego zbadania złożonych ofert w zakresie zadań 1 - 4, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że na podstawie udostępnionych Odwołującemu próbek oraz wyników badań złożonych przez Przystępującego biorący udział w oględzinach przedstawiciele partnera Konsorcjum Odwołującego, INSTYTUTU ROZWOJU OPORZĄDZENIA TAKTYCZNEGO sp. z o.o. stwierdzili szereg nieprawidłowości oraz niezgodności udostępnionego im wzoru:

„1. Ujawniono niezgodność w wykonaniu wkładu amortyzująco-usztywniającego panelu centralnego pasa biodrowego - niezgodność polega na zapadniętych komorach powietrznych ww. panelu. Co skutkuje brakiem prawidłowej amortyzacji przez komorę powietrzną a co za tym idzie nie spełnia swoich funkcji, do których został zaprojektowany.

2. Ujawniono niezgodność w zastosowanej przez oferenta siatce dystansowej, mianowicie winna być zastosowana siatka w kolorze khaki oraz o odpowiedniej średnicy oczka zgodnej z wojskowym wzorem szelek, niezgodna siatka występuje w:

- a) Panelu centralnym
- b) Panelu bocznym basu biodrowego
- c) Szelki nośna panelu piersiowego
- d) Panelu piersiowym

Zastosowanie siatki dystansowej o innych parametrach fizycznych niż we wzorze skutkuje niezapewnieniem prawidłowej cyrkulacji powietrza oraz może zwiększyć masę wyrobu.

3. Ujawniono niezgodność w pasku spinającym pasek piersiowy, mianowicie zamocowanie gumy elastycznej wykonane niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonane obszycie w kształcie kwadratu zamiast dwóch niezależnych przeszyci na połączeniu gumy elastycznej i taśmy nośnej powoduje nadmierne ograniczenie pracy elementu, negatywnie wpływa na jego wytrzymałość i ciągliwość elementu.

4. Ujawniono niezgodność w zestawie łączników do panelu piersiowego do elementu kamizelki, zostały założone złe klamry oraz wszywka została wszyta niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonanie elementów niezgodnie z zatwierdzonym wzorem skutkuje pogorszeniem właściwości użytkowych całości zestawu, ponieważ końcowy użytkownik napotka trudności w montażu poszczególnych elementów do innego wyposażenia WP tym samym nie zostanie spełniona funkcjonalność elementu, do którego został zaprojektowany.

5. Ujawniono niezgodność w wykonaniu kieszeni na radiostację, w wykonaniu kieszeni pęknięte są oczka odpływowe, wykonanie rygli niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, nie została zachowana prawidłowość przepływu ściegu oraz źle została nabita napa kaletnicza- widoczne pęknięcia słupka lejka napy. Dopuszczenie elementu napy lub oczka kaletniczego z rażącymi pęknięciami może skutkować pozbawieniem elementu właściwości użytkowych i częstymi usterkami samego elementu ponad to wykonanie montażu napy lub oczka z widocznymi dużymi pęknięciami jest niezgodne ze sztuką i ogólnie przyjętymi standardami montażu.

6. Ponadto stwierdzono nieprawidłowe wykonanie rygli - niezgodność występuje w nw. elementach:

- a) Kieszeń na apteczkę
- b) Kieszeń cargo
- c) Worek zrzućkowy
- d) Szelki pasa biodrowego

Niezgodność w postaci rygli niezgodnie wykonanych z dokumentacją skutkuje obniżeniem wytrzymałości elementu na rozdarcie tym samym znacząco obniża jego właściwości fizyczne i tym samym stanowi niezgodność z zapisami w dokumentacji technicznej.

7. Stwierdzono również niezgodność w panelu piersiowym pod taśmą nośną pierwszą od trapezu widoczne przeszycie

mocujące rzep od wewnętrznej strony niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonanie przeszycia w miejscu narażonym na przetarcie skutkuje narażeniem szwy na rozdarcie, rozprucie a co za tym idzie możliwość powstanie uszkodzenia dyskwalifikującego element z użytku.

8. Stwierdzono również niezgodność w widocznym rozpruciu/braku szycia, łączącym dwie szelki szelek pasa biodrowego niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Wymieniona niezgodność skutkuje tym, że element w trakcie użytkowania może ulec uszkodzeniu i tym samym cały wyrób straci swoje właściwości użytkowe.

9. Stwierdzono również niezgodne ze wzorem zamocowanie wkładu amortyzującego w panelu bocznym basy biodrowego. Zamawiający oczekiwał wykonania wzoru zgodnego z zatwierdzonym i udostępnionym do wglądu wzorem szelek do przenoszenia oporządzenia. Wykonanie niezgodnie z wzorem jest sprzeczne z zapisami dokumentacji przetargowej."

Dowody: dokumentacja zdjęciowa.

Odwolujący wskazał, że o powyższych niezgodnościach i nieprawidłowościach, Zamawiający został poinformowany pismem z dnia 3 lipca 2024 r. W ocenie Odwołującego, powyższe ustalenia wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, iż przedmiot oferty złożonej przez Konsorcjum BOGMAR – JOAN, jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Wykazana powyżej niezgodność stanowi, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp, oczywistą przesłankę do odrzucenia przedmiotowej oferty. Jak wskazuje doktryna, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega bowiem, m.in. na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób, który nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1249/21. Jeżeli zatem wykonawca nie dochowuje zasad określonych przez zamawiającego uznać należy, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lutego 2024 (sygn. akt KIO 11/24), z dnia 4 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 777/23).

Odwolujący podniósł, że biorąc pod uwagę restrykcyjny charakter przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, w ustalonym powyżej stanie faktycznym, w ocenie Odwołującego, żądanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum BOGMAR – JOAN jest w pełni uzasadnione, z uwagi na niezgodność treści oferty ww. wykonawcy z warunkami zamówienia, przy czym podkreślenia wymaga, że niezgodność ta, ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Punktem wyjścia dla stwierdzenia ww. wady oferty, powinno być dla Zamawiającego właściwe zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w niniejszym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, tak aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Innymi słowy, podstawą dla zastosowania sankcji jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, jest stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie ulega więc wątpliwości, iż udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisów ustawy Pzp., to wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy - ma ona bowiem charakter wady kluczowej, istotnej, o dużym znaczeniu, wady znaczącej, fundamentalnej. Powołał się na wyrok KIO z 22 lipca 2015 r. (KIO 1462/15), wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2011 r. (KIO 2535/11). W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania w przedmiotowej sprawie odwoławczej, Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompletny czynności polegającej na badaniu i oceny ofert, ponieważ nie odrzucił oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożone przez tego wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe, w oczywisty sposób wskazują na niezgodność przedmiotu oferty z warunkami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Tym samym, wybór takiej oferty, stanowić będzie również naruszenie art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ustawy pzp. Bez wątpienia, w obecnym stanie faktycznym, wybór oferty Konsorcjum BOGMAR – JOAN, spowoduje, iż udzielenie zamówienia ww. wykonawcy, obarczone będzie nieusuwalną wadą, skutkującą ziszczeniem się przesłanki unieważnienia umowy o udzielone przez 3RBLOG zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp jedną z podstaw powodującą konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia z naruszeniem jej przepisów.

W dniu 18 lipca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. Ponadto, Zamawiający wniósł o: „przesłuchanie w charakterze świadka Panią A., tj. pracownika Wojskowego Ośrodka Badawczo – Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi, ul. Źródlowej 52 w Łodzi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, w szczególności w zakresie wymagań stawianych względem przedmiotu zamówienia, a także niezasadności zarzutów odwołującego w zakresie niezgodności treści oferty Konsorcjum w składzie: Bogmar BB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku Białej i J.N., Siuda Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi z dokumentacją postępowania". W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie

przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Pismem z dnia 18 lipca Odwołujący oświadczył, że koryguje treść odwołania z dnia 5 lipca 2024 r. co do zarzutu podniesionego w pkt. II ppkt. 1) odwołania, tj. naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BOGMAR – JOAN. Wskazał, że w powyższym zapisie wkradła się oczywista omyłka pisarska i zarzut odnosi się do naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp., poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BOGMAR – JOAN - co w sposób jednoznaczny potwierdza treść uzasadnienia odwołania.

W dniu 19 lipca 2024 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie i wnioskiem o oddalenie odwołania złożył Przystępujący.

Pismem z dnia 22 lipca 2024 r. Odwołujący zawnioskował o: *„dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu krawiectwa, konstrukcji i projektowania ubioru, wzornictwa przemysłowego na okoliczność udzielenia odpowiedzi, czy wzory złożone przez Przystępującego - Konsorcjum: Bogmar BB sp. z o.o. z/s w Bielsku Białej / J.N., Siuda Sp. J. z/s w Łodzi, które były wymagane przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI ust. 1 SWZ, jako przedmiotowe środki dowodowe w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT 988B/MON), są takie same i tożsame z wzorem Wojskowego Ośrodka Badawczo-Wdrożeniowego Służby Mundurowej oraz zgodne z dokumentacją WDTT dla szelek.”*

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania w dniu 26 lipca 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe z dalszym stanowiskiem w sprawie. Przystępujący wniósł o oddalenie wniosku dowodowego Odwołującego z opinii biegłego podnosząc, że jego przeprowadzenie jest bezcelowe, nieuzasadnione oraz ma na celu jedynie przedłużenie postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. W zakresie wykazania interesu Odwołujący podniósł: *„Interes Odwołującego wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy, nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania. W takim przypadku Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ nie podlega on wykluczeniu z postępowania, a w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta – jako nie podlegająca odrzuceniu, będzie najkorzystniejsza dla Zamawiającego.”*

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego wnioskującego o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Przystępujący argumentował, że wobec Odwołującego, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zachodzi konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp. Powyższe Przystępujący wywodził z faktu, iż wniesienie odwołania zgodnie z art. 513 w zw. z art. 577 ustawy pzp wstrzymuje jedynie Zamawiającego przed zawarciem umowy, pozostałe terminy w postępowaniu nie są wstrzymywane. W związku z powyższym według Przystępującego zgodnie ze wskazaniem Odwołującego nie jest prawdą, iż w przypadku uwzględnienia odwołania Zamawiający może dokonać wyboru jego oferty w drodze art. 252 ust. 2 ustawy pzp z uwagi na spełnienie się przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego wynikające z art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp, co jednoznacznie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego, w związku z czym realizacja jego interesu prawnego przedstawionego w odwołaniu z dnia 5 lipca 2024 r. pkt. VI nie jest możliwa przez brak podstaw do wniesienia odwołania wynikający z niespełnienia wymagań określonych w art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że zgodnie z dyspozycją art. 505 ust. 1 ustawy pzp: *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”* Niewątpliwie interes, o którym mowa w ww. przepisie przejawia się utraceniem realnej szansy na uzyskanie zamówienia stanowiącą konsekwencję nieprawidłowych działań – podjętych czynności bądź zaniechania ich dokonania – przez zamawiającego, naruszających przepisy ustawy pzp. Na gruncie orzecnictwa TSUE wypracowano pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko jako możliwość uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia także w kolejnym postępowaniu, gdy zarzuty odwołania

nakierowane są na dążenie do unieważnienia postępowania. Wykazanie tej materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania ocenia się na moment wniesienia odwołania zatem irrelevantne dla tej oceny są przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego. Dodatkowo, zważywszy na konstrukcję powyższego przepisu dla skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej niewystarczające jest wykazanie jednej z przesłanek objętych dyspozycją powyższego przepisu. Oznacza to, że podmiot wnoszący odwołanie jest zobowiązany wykazać nie tylko możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, ale również, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Konkludując powyższe rozważania podkreślić należy, że materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania muszą wystąpić łącznie, interes w uzyskaniu zamówienia musi mieć realny charakter a zaskarżone czynności wywoływać negatywny wpływ na sytuację odwołującego. Innymi słowy, wypełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy pzp występuje wtedy, gdy brak skorzystania ze środka ochrony prawnej mógłby spowodować, że wykonawca poniesie szkodę wynikającą z zaprzepaszczenia szansy na uzyskanie zamówienia przez nieprawidłowe działania zamawiającego. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2638/21: „(...) choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy. Ustawodawca reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej przez konieczność wykazania istnienia przesłanki materialnoprawnej – jest to swoista bariera dostępu do tych środków, która w ocenie Izby ma służyć zapobieganiu wydłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wnoszenie odwołań blokujących możliwość rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie służących ochronie uzasadnionych racji wykonawców. Biorąc pod uwagę, że z definicji ustawowych art. 7 pkt. 18 i 25 ustawy i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy wynika, że celem prowadzenia postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy, która ma zaspokajać potrzeby publiczne. Gwarantem tego jest postępowanie prowadzone z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz nakaz wyboru wykonawcy w sposób zgodny z przepisami ustawy. Ustawodawca właśnie z tym celem skorelował przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, stąd też nie od każdej czynności i zaniechania zamawiającego służy wykonawcom odwołanie, ale tylko od takiej, która uniemożliwia im uzyskanie zamówienia – zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, że Odwołujący wykazał materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp. Jak już zostało to wskazane, interes bada się na moment wniesienia odwołania. Izba ustaliła, zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 czerwca 2024 r., że oferta Odwołującego nie została odrzucona, tym samym na moment wniesienia odwołania Odwołujący miał realną szansę na uzyskanie zamówienia. Okoliczność, że w ocenie Przystępującego oferta Odwołującego będzie podlegała odrzuceniu stanowi jego subiektywne zapatrywania na dalsze czynności w postępowaniu, którego gospodarzem jest Zamawiający. Dla badania interesu do wniesienia odwołania nie mają znaczenia przyszłe, hipotetyczne czynności Zamawiającego w postępowaniu stąd oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: BOGMAR BB sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz J.N. Siuda Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowe Odwołującego wraz z załącznikami, pisma procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Zamawiającego z zeznań świadka: Pani Anny Więzowskiej, tj. pracownika Wojskowego Ośrodka Badawczo — Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi jako powołany jedynie dla zwłoki. Izba zauważa, że dowód z zeznań świadka ma na celu przedstawienie wiedzy świadka o pewnych faktach, a nie jego opinii.

Okoliczności, na które powoływał się Zamawiający, a które miały zostać wykazane wnioskowanym dowodem dotyczyłby opinii świadka co do zasadności zarzutów odwołania, a nie faktów. Ponadto, opinia m.in. ww. pracownika WOBWSM co do zgodności przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego została wyrażona w innym dowodzie przedstawionym w postępowaniu odwoławczym przez Zamawiającego – notatce WOBWSM w Łodzi z dnia 7 czerwca 2024 r.

Izba postanowiła oddalić także wniosek dowodowy Odwołującego z opinii biegłego z zakresu krawiectwa, konstrukcji i projektowania ubioru, wzornictwa przemysłowego, jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia w okolicznościach faktycznych sprawy i powołany jedynie dla zwłoki. Dowód został powołany: „na okoliczność udzielenia odpowiedzi, czy wzory złożone przez Przystępującego - Konsorcjum: Bogmar BB sp. z o.o. z/s w Bielsku Białej / J.N., Siuda Sp. J. z/s w Łodzi, które były wymagane przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI ust. 1 SWZ, jako przedmiotowe środki dowodowe w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT 988B/MON), są takie same i tożsame z wzorem Wojskowego Ośrodka Badawczo-Wdrożeniowego Służby Mundurowej oraz zgodne z dokumentacją WDTT dla szelek. Z tezy dowodowej wynika, że Odwołujący wnioskuję o ponowną ocenę złożonych przez Przystępującego wzorów szelek. Ocena taka została już przeprowadzona przez Wojskowy Ośrodek Badawczo-Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi względem wszystkich ofert, w tym oferty Odwołującego – której Odwołujący nie kwestionował jako nieobiektywnej. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że przeprowadzona już ocena mogła doprowadzić do naruszenia względnie uszkodzenia próbki, a więc badaniu biegłego nie zostałby poddany produkt pierwotnie dostarczony przez Przystępującego co powoduje, że badanie takie nie byłoby wiarygodne. Izba zauważa ponadto, że w świetle okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu powołanie dowodu z opinii biegłego prowadziłoby do niedopuszczalnego rozszerzenia jego zakresu, gdyż to biegły zamiast Odwołującego precyzowałby ewentualne zarzuty względem oferty Przystępującego. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu może powoływać dowody potwierdzające okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu. Tym samym to treść odwołania ma dostarczać okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie, a nie powołane dowody, które powinny je tylko potwierdzać. Natomiast Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów w nim przedstawionych, stąd dowód z opinii biegłego jako wykraczający poza te granice należało uznać za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „Rozdział III. Przedmiot zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa w 2024 roku przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – szelki do przenoszenia oporządzenia. Zakres zamówienia obejmuje 4 zadania: Zadanie nr 1 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości 2 830 szt. Zadanie nr 2 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości 2 500 szt. Zadanie nr 3 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości 2 500 szt. Zadanie nr 4 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości 2 500 szt.

2. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji. Przedmiot zamówienia dostarczony w ramach prawa opcji musi spełniać wymagania jak dla zamówienia gwarantowanego. Sposób realizacji zamówienia w ramach prawa opcji określono w projektowanych postanowieniach umowy – załącznik nr 3 do SWZ. Zamawiający zastrzega, iż część zamówienia określona jako „prawo opcji” jest uprawnieniem, a nie zobowiązaniem Zamawiającego.

3. W ramach opcji zamawiający może wymagać dodatkowo dostawy: Zadanie nr 1 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości do 2 500 szt. Zadanie nr 2 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości do 2 500 szt. Zadanie nr 3 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości do 2 500 szt. Zadanie nr 4 – Szelki do przenoszenia oporządzenia w ilości do 2 500 szt.

4. Szczegółowe warunki realizacji zamówienia w ramach opcji zawarte zostały w projektowanych postanowieniach umowy, które stanowią załącznik nr 3 do SWZ. (...) 10. Przedmiot zamówienia musi być wyprodukowany według wymagań określonych w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT): WDTT 988B/MON, stanowiące integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia. (...) 12. Dostarczone przedmioty muszą być fabrycznie nowe i pochodzić z produkcji realizowanej po terminie zawarcia umowy. Materiały zasadnicze i dodatki krawieckie użyte do wykonania przedmiotu zamówienia nie mogą pochodzić z produkcji starszej niż z roku poprzedzającego rok dostawy

przedmiotu (PUIW).”

- „Rozdział VI. Wykaz oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu:

1. Zamawiający na etapie składania oferty wymaga dołączenia do niej niżej wymienionych przedmiotowych środków dowodowych, tj.: w zakresie zadania nr 1, zadania nr 2, zadania nr 3 oraz zadania nr 4:

- wyniki badań laboratoryjnych (potwierdzone przez akredytowane laboratorium zgodnie z WDTT 988B/MON) zgodnie z zakresem badań okresowych Tablica 4 Lp. 4 WDTT 988B/MON;

- w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w WDTT 988B/MON należy przedstawić jako wzór dwie sztuki szelek do przenoszenia oporządzenia.

Wyżej wymienione przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu, zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.”

Zgodnie z WDTT pkt 7.2.5 w Tabeli 4 przedstawiono zakres, wymagania i metody badań.

W myśl punktu 7.3 WDTT: „Wzór wyrobu. Aktualny wzór PUIW do produkcji seryjnej (dostępny w WOBWSM), wykonany zgodnie z przedmiotową dokumentacją i zatwierdzony zgodnie z „Procedurą realizacji prac rozwojowych dla przedmiotów umundurowania i wyekwipowania”, jest elementem odniesienia przy ocenie zgodności (porównania wyrobu, także w ramach badań laboratoryjnych).”

Bezsporne było w sprawie, że Przystępujący złożył wraz z ofertą wzór dwie sztuki szelek do przenoszenia oporządzenia, które w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2024 r. w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp zostały przez Przystępującego uzupełnione o brakujące elementy wyrobu: „łącznika z 2 klamrami „wzuwanymi” w zestawie łączników do panelu piersiowego i do elementów innego oporządzenia np. kamizelki - brak elementu stwierdzono w obu egzemplarzach.”

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 17 czerwca 2024 r. w związku z zakończeniem oceny przedmiotowych środków dowodowych przez WOBWSM w Łodzi Komisja przedstawiła stanowisko w sprawie, w którym stwierdziła konieczność wezwania Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych j. w.

W dniu 24 czerwca 2024 r. po uzupełnieniu przedmiotowych środków dowodowych Komisja stwierdziła, że oferta Przystępującego spełnia wymagania Zamawiającego.

Na podstawie notatki z dnia 7 czerwca 2024 r. złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedstawiciele WOBWSM w Łodzi po sprawdzeniu wzorów szelek (2 komplety) złożonych przez Przystępującego stwierdzili: „1. Sprawdzenie cechowania wyrobu – WDTT rozdz. 6: Uwagi/niezgodności: brak 2. Sprawdzenie wyglądu ogólnego wyrobu w odniesieniu do WDTT i wzoru PUIW do produkcji seryjnej (badania organoleptyczne): Uwagi/niezgodności: brak 3. Sprawdzenie wymiarów wyrobu w odniesieniu do tablic wymiarów wyrobu oraz wymiarów podanych na rysunkach – WDTT Tablica 1, rozdz. 8 i 9, Załączniki (B1-B9) rozdz. 8 i 9. Uwagi/niezgodności: brak. Załączony przez Oferenta przedmiotowy środek dowodowy w postaci dwóch egzemplarzy Szelek do przenoszenia oporządzenia Wzór 988B/MON spełnia wymagania określone przez WDTT i wzór PUIW do produkcji seryjnej.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy oferta Przystępującego w zakresie przedmiotowych środków dowodowych – wzorów szelek do oprzyrządowania pozostawała w niezgodności z dokumentami zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że odwołanie podlegało oddaleniu ze względu na wadliwe wskazanie podstawy prawnej w zarzutach odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Jakkolwiek rację należało przyznać Przystępującemu, że wszystkie okoliczności faktyczne i prawne powinny zostać podniesione w odwołaniu, a późniejsze ich wskazanie jako wykraczające poza zakres odwołania powinno zostać uznane za spóźnione to podkreślić należy, że odwołanie to nie tylko zarzuty w petitum odwołania, ale przede wszystkim ich uzasadnienie. Nie ulega wątpliwości, że w treści uzasadnienia Odwołujący powołał się na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz podnosił niezgodność przedmiotowych środków dowodowych Przystępującego z wymaganiami WDTT oraz wzorem PUIW do produkcji seryjnej, które to okoliczności odpowiadają przesłance odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Ponadto, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Zważywszy na wskazanie przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania na niezgodność wzorów szelek Przystępującego z dokumentami zamówienia i rozważania prawne odwołania dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp niewątpliwie podanie na wstępie

odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp należało uznać za omyłkę pisarską.

Dalej podnieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zaznaczenia wymaga, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Odwołujący nie przeprowadził w odwołaniu porównania treści oferty Przystępującego – przedmiotowych środków dowodowych z warunkami zamówienia, co jest elementem niezbędnym dla stwierdzenia czy oferta pozostaje z nimi w niezgodności powodującej konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Uzasadnienie odwołania sprowadza się do stwierdzenia, że zdaniem Odwołującego we wzorach szelek Przystępującego występuje „szereg nieprawidłowości oraz niezgodności”. Następnie Odwołujący w 9 punktach przedstawia wyłącznie własne spostrzeżenia co do niezgodności nie powołując się przy tym na żadne postanowienia dokumentów zamówienia, z którymi ta niezgodność miałaby występować.

Mając na względzie powyższe Izba uznała zarzuty odwołania za nieuzasadnione i w konsekwencji podlegające oddaleniu. Odwołujący nie wskazał bowiem w odwołaniu żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających postawienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, poza lakonicznym stwierdzeniem, że wzory szelek Przystępującego są niezgodne z wymaganiami WDTT oraz wzorem PUiW do produkcji seryjnej. Takiego działania nie można uznać za skuteczne postawienie zarzutu w świetle art. 516 ust. 1 pkt 8-10 ustawy pzp. W myśl przywołanych przepisów Odwołujący poza zwięzłym przedstawieniem zarzutu, powinien przede wszystkim wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 179/17: „Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*) a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.” To właśnie opisane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne wyznaczają zakres odwołania i rozpoznania przez Izbę. Ma to istotne znaczenie dla możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia w granicach określonych w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy pzp: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09: „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również

ugruntowany jest pogląd, że kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Odwołujący nie przedstawił żadnego sprecyzowanego uzasadnienia stawianego zarzutu. Odwołujący nie powołał względem stawianych w odwołaniu twierdzeń o niezgodności wzorów szelek Przystępującego żadnych konkretnych postanowień WDTT, z których wynikałyby wymagania, których próbki Przystępującego nie spełniają. Nie przedstawił także żadnych dowodów, że wzory Przystępującego są niezgodne z wzorem PUiW do produkcji seryjnej. Odwołujący przyznał na rozprawie, że dokumentacja zdjęciowa i twierdzenia Odwołującego zostały oparte o porównanie wzorów Przystępującego z wzorem Odwołującego, a nie wzorem PUiW do produkcji seryjnej, o którym mowa w dokumentach zamówienia. Zaznaczyć należy, że nie jest rolą Izby ani przeciwników procesowych poszukiwanie za Odwołującego konkretnych postanowień, z którymi próbki szelek Przystępującego mogłyby pozostawać z niezgodności w świetle luźnych spostrzeżeń przedstawionych w odwołaniu, a więc niejako uzupełnianie odwołania o brakujące okoliczności faktyczne. To na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania i precyzyjnego uzasadnienia własnego stanowiska, gdyż to podniesionym zakresem podanym w odwołaniu Izba jest związana rozstrzygając spór. Odwołanie, które sprowadza się do stwierdzenia „oferta jest niezgodna z WDTT oraz wzorem PUiW do produkcji seryjnej” to odwołanie nieuzasadnione, lakoniczne, powołujące wyłącznie w zasadzie treść przepisu, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia bez jakichkolwiek okoliczności faktycznych i związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy okolicznościami a postanowieniami dokumentów zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych zastrzeżeń Odwołującego to na wstępie ponieść należy, że Strony i Przystępujący byli zgodni co do okoliczności, że próbki załączone do oferty powinny spełniać wymagania WDTT. Zdaniem Izby, jak wynika z WDTT wzór PUiW do produkcji seryjnej stanowi wyłącznie punkt odniesienia przy badaniu spełniania tych wymagań.

Co do punktu 1 odwołania to Odwołujący podniósł, że: „1. *Ujawniono niezgodność w wykonaniu wkładu amortyzująco-usztywniającego panelu centralnego pasa biodrowego - niezgodność polega na zapadniętych komorach powietrznych ww. panelu. Co skutkuje brakiem prawidłowej amortyzacji przez komorę powietrzną a co za tym idzie nie spełnia swoich funkcji, do których został zaprojektowany.*” Izba podziela w całości stanowisko w tym zakresie przedstawione przez Zamawiającego, że: „*Odwołujący nie podał jaki parametr strukturalny wkładu jest niezgodny z wymaganiami WDTT i/lub ze wzorem PUiW do produkcji seryjnej (...). Nie powołał się również na żaden dokument normatywny określający wymagania w tym zakresie. Odwołujący nie podał znormalizowanego parametru, którego dotyczy niezgodność, jego wymaganej wartości, zakresu tolerancji oraz normy niezbędnej do jego wyznaczenia. (...) Odwołujący nie określił poziomu prawidłowej amortyzacji przez komorę powietrzną, normy badawczej, zakresu tolerancji i wyniku przeprowadzonej przez oceny ani rodzaju oceny, na podstawie której określił niezgodność (ocena organoleptyczna, badania laboratoryjne, badania użytkowe), Odwołujący nie wyjaśnił jakich funkcji użytkowych nie spełnia panel, użył on ogólnego stwierdzenia: „(...) a co za tym idzie nie spełnia swoich funkcji do których został zaprojektowany.*” Odwołujący nie podał więc konkretnych wymogów WDTT, których postanowienia narusza wykonanie omawianego elementu. Przystępujący w piśmie procesowym wskazał, iż wykonał ww. elementy zgodnie z wymaganiami przedstawionym w podrozdziale 3.1 Tablica 1 Lp. 5 WDTT oraz podrozdziale 8.4 WDTT z dochowaniem najwyższej staranności a nadto załączył zdjęcie prezentujące wkład amortyzująco-usztywniający panelu centralnego i pasa biodrowego wykonane w WOBWSM ukazujące efekt tzw. „zapadniętych komór” we wkładzie amortyzująco-usztywniającym, który występuje również w wzorze do produkcji seryjnej WOBWSM. Odwołujący odnosząc się do powyższego stwierdził, że: „*we wzorze faktycznie jest kilka zapadniętych otworów, to jednak pamiętać trzeba, że był on wykonany półtora roku temu i jakiś niewielki proces degradacji może następować, co nie powinno jednak mieć miejsca w nowym wyrobie.*” Argumentacja ta jest nie tylko sprzeczna ze stanowiskiem prezentowanym w odwołaniu, że próbki powinny być zgodne z PUiW do produkcji seryjnej, ale i nieudowodniona – Odwołujący w żaden sposób nie wykazał procesu degradacji na jaki się powołuje. Z jednej więc strony Odwołujący wskazuje na wzór PUiW do produkcji seryjnej, a z drugiej twierdzi, że z uwagi na proces degradacji nie może on stanowić punktu odniesienia. Stwierdzenia Odwołującego stanowią więc wyłącznie jego własne zapatrywania na to jak powinien wyglądać produkt, co nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego.

W zakresie punktu 2 odwołania Odwołujący stwierdził: „*Ujawniono niezgodność w zastosowanej przez oferenta siatce dystansowej, mianowicie winna być zastosowana siatka w kolorze khaki oraz o odpowiedniej średnicy oczka zgodnej z wojskowym wzorem szelek, niezgodna siatka występuje w: a) Panelu centralnym b) Panelu bocznym pasa biodrowego c) Szelka nośna panelu piersiowego d) Panelu piersiowym. Zastosowanie siatki dystansowej o innych parametrach fizycznych niż we wzorze skutkuje niezapewnieniem prawidłowej cyrkulacji powietrza oraz może zwiększyć masę wyrobu.*”

Izba zauważa co do tych zastrzeżeń, że nie jest wiadome pochodzenie siatki widocznej na zdjęciu, z którą Odwołujący dokonał porównania co do koloru i średnicy oczka. Już powyższe powoduje, że spostrzeżenia Odwołującego jako niewykazane nie zasługują na uwzględnienie. Słusznie podnosił Zamawiający, że: „*Odwołujący nie sprecyzował jaki parametr strukturalny dzianiny rozumie pod pojęciem "średnica oczka", ile jego zdaniem wynosi ona w "wojskowym wzorze szelek" a ile w przedmiotowym środku dowodowym oraz jaka wartość, norma badawcza i zakres tolerancji określone zostały dla tego "wskaźnika" w WDTT.*” Odwołujący nie wskazał na parametry fizyczne, które powodowałyby brak prawidłowej cyrkulacji powietrza i pozostaje w niepewności co do zwiększenia masy wyrobu na co wskazuje stwierdzenie: „może”. Nadto, Odwołujący nie sprecyzował jak zasadnie podniósł Zamawiający: „*co w jego opinii jest prawidłową cyrkulacją powietrza, brak doprecyzowania wskaźnika charakteryzującego opisaną funkcję, wymaganego poziomu tego parametru, zakresu tolerancji, normy badawczej oraz odniesienia do wymagań w przedmiotowym WDTT i wyników jego oceny w tym zakresie.*”

Co do niezgodności z punktu 3 odwołania: „*Ujawniono niezgodność w pasku spinającym pasek piersiowy, mianowicie zamocowanie gumy elastycznej wykonane niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonane obszycie w kształcie kwadratu zamiast dwóch niezależnych przeszyci na połączeniu gumy elastycznej i taśmy nośnej powoduje nadmierne ograniczenie pracy elementu, negatywnie wpływa na jego wytrzymałość i ciągliwość elementu.*” to podobnie jak pozostałe zastrzeżenia stanowią one własne zapatrywania Odwołującego na sposób wykonania produktu. Odwołujący nie skonkretyzował z jakim elementem OPZ jest niezgodne zamocowanie gumy elastycznej ani gdzie w dokumentach zamówienia sprecyzowano rodzaj obszycia. Skutki: „*nadmierne ograniczenie pracy elementu, negatywnie wpływa na jego wytrzymałość i ciągliwość elementu*” takiego wykonania również nie zostały przez Odwołującego wykazane. Zamawiający wskazał, że WDTT nie określa wymagań odnoszących się do sposobu wykonania zamocowania i jednocześnie słusznie stwierdził, że: „*Odwołujący nie podał jakiego parametru wytrzymałościowego dotyczy postawiony zarzut, nie opisał przyjętej metodyki badania, poziomu wymagań określonego w WDTT dla tego parametru oraz nie określił o ile wymagana wartość parametru została przekroczona.*” Zważywszy, że Odwołujący nie sprecyzował zarzutu ani nie wykazał, że argumentacja odwołania znajduje uzasadnienie w dokumentach zamówienia należało uznać, że niezgodność na jaką Odwołujący się powołuje nie występuje.

W punkcie 4 odwołania Odwołujący podnosił, że: „*Ujawniono niezgodność w zestawie łączników do panelu piersiowego do elementu kamizelki, zostały założone źle klamry oraz wszywka została wszyta niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonanie elementów niezgodnie z zatwierdzonym wzorem skutkuje pogorszeniem właściwości użytkowych całości zestawu, ponieważ końcowy użytkownik napotka trudności w montażu poszczególnych elementów do innego wyposażenia WP tym samym nie zostanie spełniona funkcjonalność elementu, do którego został zaprojektowany.*” Jak już Izba podnosiła, wzory szelek dostarczonych przez Przystępującego zostały przed ich udostępnieniem Odwołującemu poddane badaniu przez WOBWSM w Łodzi co mogło skutkować ich naruszeniem. Jak podnosi sam Odwołujący: „*zostały założone źle klamry*” co wprost wskazuje, że jest to efekt nietrwały, odwracalny i można założyć je poprawnie, a więc nie oznacza nieprawidłowości w wykonaniu szelek. Odwołujący powołując zarzut niewłaściwego umiejscowienia wszywki nie wskazał postanowień, z których wynikałoby, że wszywka została umiejscowiona w złym miejscu i ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że została wszyta niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zarzut nie został skonkretyzowany i wykazany, dlatego nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie punktu 5 odwołania Odwołujący wskazał: „*Ujawniono niezgodność w wykonaniu kieszeni na radiostację, w wykonaniu kieszeni pęknięte są oczka odpływowe, wykonanie rygli niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, nie została zachowana prawidłowość przepłotu ściegu oraz źle została nabita napa kaletnicza- widoczne pęknięcia słupka lejka napy. Dopuszczenie elementu napy lub oczka kaletniczego z rażącymi pęknięciami może skutkować pozbawieniem elementu właściwości użytkowych i częstymi usterkami samego elementu ponad to wykonanie montażu napy lub oczka z widocznymi dużymi pęknięciami jest niezgodne ze sztuką i ogólnie przyjętymi standardami montażu.*” Odwołujący również w tym punkcie nie sprecyzował swoich zastrzeżeń. Jak wynika z dokumentacji zdjęciowej przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie także we wzorze PUiW do produkcji seryjnej (zdjęcie nr 3), którego producentem była Firma wchodząca w skład Konsorcjum Odwołującego występują ubytki, które akcentuje Odwołujący. Odwołujący nie wyjaśnił jak prawidłowo powinien zostać przepleciony ścieg, a także z jaką sztuką i jakimi standardami występuje podnoszona niezgodność. Odwołujący nie przedstawił w sposób pełny i konkretny okoliczności faktycznych uzasadniających podnoszony zarzut, stąd Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do punktu 6 odwołania: „*Ponadto stwierdzono nieprawidłowe wykonanie rygli - niezgodność występuje w nw. elementach: a) Kieszeń na apteczkę b) Kieszeń cargo c) Worek zrzućkowy d) Szelki pasa biodrowego Niezgodność w postaci rygli niezgodnie wykonanych z dokumentacją skutkuje obniżeniem wytrzymałości elementu na rozdarcie tym samym znacząco obniża jego właściwości fizyczne i tym samym stanowi niezgodność z zapisami w dokumentacji*”

technicznej.” wskazania wymaga, że Odwołujący nie powołał się na żadną metodę pomiaru, którą zastosował, a w konsekwencji której stwierdził nieprawidłowość wykonania rygli. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący kwestionowali pomiar dokonany przez Odwołującego jako obarczony dużym błędem. Zamawiający wskazywał również, że wynik badania powinien stanowić średnią z kilku pomiarów danego parametru, a Odwołujący przedstawił pojedyncze wyniki. Co więcej, słusznie Przystępujący podnosił, że w odwołaniu nie powołano się na odpowiednie narzędzie pomiarowe. Nie jest wiadome w jakim sposób Odwołujący osiągnął wyniki prezentowane na zdjęciach w odwołaniu, a dodatkowo Odwołujący nie odniósł się do postanowień dokumentacji, które miałyby zostać naruszone przez potencjalne niezachowanie właściwych parametrów rygli, dlatego Izba uznała zarzut za niezasadny.

Co do punktu 7 odwołania: „*Stwierdzono również niezgodność w panelu piersiowym pod taśmą nośną pierwszą od trapezu widoczne przeszycie mocujące rzep od wewnętrznej strony niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonanie przeszycia w miejscu narażonym na przetarcie skutkuje narażeniem szwy na rozdarcie, rozprucie a co za tym idzie możliwość powstanie uszkodzenia dyskwalifikującego element z użytku.*” Odwołujący nie wskazał, z którym postanowieniem OPZ próbki wykazują niezgodność. Jak podnosili Zamawiający i Przystępujący, w WDTT nie podano opisu sposobu wykonania „przeszycia mocującego rzep” w panelu piersiowym. Podobnie co do punktu 8 odwołania: „*Stwierdzono również niezgodność w widocznym rozpruciu/braku szycia, łączącym dwie szelki szelek pasa biodrowego niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Wymieniona niezgodność skutkuje tym, że element w trakcie użytkowania może ulec uszkodzeniu i tym samym cały wyrób straci swoje właściwości użytkowe.*” Odwołujący nie sprecyzował niezgodności co skutkuje oddaleniem zarzutu. Nadto Izba za wiarygodne w świetle przeprowadzonego przez WOBWSM w Łodzi badania uznała argumentację Zamawiającego, że: „*Podczas dokonywania ocen zgodności, w ramach oceny organoleptycznej dokonuje się podpruć/przecięć elementów wyrobu w celu weryfikacji poprawności wykonania i/lub zgodności użytych materiałów,*” co powoduje, że obecne badanie próbek nie odzwierciedla stanu ze złożenia ich wraz z ofertą i nie może działać na niekorzyść Przystępującego. W zakresie niezgodności z punktu 9 odwołania: „*Stwierdzono również niezgodne ze wzorem zamocowanie wkładu amortyzującego w panelu bocznym pasa biodrowego. Zamawiający oczekiwał wykonania wzoru zgodnego z zatwierdzonym i udostępnionym do wglądu wzorem szelek do przenoszenia oporządzenia. Wykonanie niezgodnie z wzorem jest sprzeczne z zapisami dokumentacji przetargowej.*” należy za Przystępującym podkreślić, że Odwołujący nie wykazywał niezgodności poprzez porównanie z wzorem szelek, o którym mowa w dokumentach zamówienia stąd zarzut został podniesiony wadliwie. Odwołujący nie wyjaśnił na czym polega niewłaściwe zamocowanie wkładu amortyzującego w panelu bocznym pasa biodrowego i jakie mocowanie było wymagane postanowieniami OPZ. W konsekwencji zarzut nie potwierdził się.

Mając powyższe na względzie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu. Podkreślić należy, że Przystępujący wraz z ofertą złożył także wyniki badań laboratoryjnych (potwierdzone przez akredytowane laboratorium zgodnie z WDTT 988B/MON) zgodnie z zakresem badań okresowych Tablica 4 Lp. 4, których Odwołujący nie podważał. Nadto, próbki złożone przez Przystępującego zostały zbadane przez WOBWSM w Łodzi pod względem zgodności z wymaganiami WDTT, w tym zgodności z wzorem PUiW do produkcji seryjnej i nie stwierdzono nieprawidłowości. Jak podnosił Zamawiający, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył Wojskowy Ośrodek Badawczy — Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi znajduje się w wykazie jednostek certyfikujących, zgodnie z obwieszczeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 4 kwietnia 2024 roku w sprawie wykazu jednostek badawczych i jednostek certyfikujących, posiadających akredytacje w zakresie obronności i bezpieczeństwa wraz z zakresami udzielonej akredytacji (wydane w oparciu o ustawę z dnia 17 listopada 2006 roku o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa). WDTT załączone do dokumentacji zamówienia zostały opracowane przez WOBWSM w Łodzi i jak podnosił Zamawiający — zaświadczenia potwierdzające zgodność z wytycznymi wzorów potencjalnych wykonawców są również wydawane przez tą jednostkę. Zamawiający podnosił na rozprawie, że wyłącznie z uwagi na okoliczność, że wykonawcy nie posiadali jeszcze stosownych zaświadczeń, Zamawiający zdecydował, że zamiast ich żądania określi wymóg złożenia próbek, które zostaną poddane badaniu przez WOBWSM w Łodzi. Odwołujący nie wykazał, że jednostka, która przeprowadziła badania jest w jakikolwiek sposób powiązana z Zamawiającym co mogłoby wpływać na jej bezstronną ocenę, która nota bene została również przeprowadzona względem wzorów złożonych przez Odwołującego. Zważywszy, że badania próbek przeprowadziła niezależna jednostka, która opracowała wytyczne, które miały spełniać złożone przez wykonawców wzory szelek Izba uznała za wiarygodny dowód przedstawiony przez Zamawiającego — notatkę stwierdzającą zgodność próbek Przystępującego z WDTT oraz wzorem PUiW do produkcji seryjnej. Odwołujący nie wykazał podnoszonych w odwołaniu niezgodności, w tym nie uzasadnił w sposób konkretny, rzetelny i wyczerpujący własnych twierdzeń, dlatego też odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł.

Przewodniczący: