

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawcę **LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski**

w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **MILDAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Elektronowa 2 bud. D, 03-219 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **676 zł 00 gr** (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków** tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,

2.2. zasądza od wykonawcy **LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** na rzecz **3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków** kwotę **676 zł 00 gr** (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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:.....

Sygn. akt KIO 1612/24

Uzasadnienie

3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa na „Dostawę w latach 2024-2026 indywidualnych ekranów maskujących (IEM).”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2024 r. pod numerem 00766287-2023.

W dniu 6 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na:

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy MILDAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą MILDAT”, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, jako niezgodnej z warunkami postępowania, w tym z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, a w konsekwencji
3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oraz ewentualnie (z daleko posuniętej ostrożności)
4. zaniechaniu wezwania wykonawcy MILDAT do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty (w szczególności w

zakresie wyjaśnień dotyczących kraju realizacji przedmiotu zamówienia i udziału podwykonawców biorących udział w realizacji przedmiotowego zamówienia),

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 418 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 (zgodnie z postanowieniami rozdziału XII punkt 5 SWZ), w sytuacji, w której ze złożonej przez tego Wykonawcę oferty (formularza cenowego) i koncesji na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wynikało jednoznacznie, że wykonanie zamówienia, zadania, bądź części zamówienia będzie odbywało się w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej oraz w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, w sytuacji, w której Wykonawca ten, mimo ciążącego na nim obowiązku nie wskazał i nie wykazał w treści oferty, że oferowany przez niego produkt (IEM) jest równoważny do produktu będącego przedmiotem zamówienia oraz nie przedłożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego w Wymaganiach Technicznych, certyfikaty lub inne dokumenty, pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że oferowane wyroby i ich parametry są rzeczywiście równoważne,
- 3.art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MILDAT z udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której złożył on w formularzu ofertowym nieprawdziwe oświadczenia, że nie będzie korzystał z podwykonawcy w sytuacji, gdy musi z niego skorzystać skoro nie posiada koncesji na wytwarzanie wyrobów objętych zamówieniem,
- 4.(z daleko posuniętej ostrożności) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MILDAT do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności w zakresie wyjaśnień dotyczących kraju, w jakim zrealizowany zostanie przedmiot zamówienia i w zakresie udziału podwykonawców biorących udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, mając na względzie fakt, że z przedłożonej przez Wykonawcę koncesji wynika, iż nie posiada on uprawnień do wytwarzania przedmiotu zamówienia, a więc jest zobligowany do korzystania z pomocy podwykonawcy, który takie kompetencje posiada, jak również mając na względzie fakt, że Wykonawca w złożonej ofercie zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2 wskazał, iż producentem tkaniny poliestrowej Ekranu Maskującego (EMT), jak i dzianiny poliestrowej Ekranu Maskującego Dżianinowego (EMD) są podmioty mające siedzibę w państwie nie będącym członkiem Unii Europejskiej i w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a tym samym Zamawiający nie ma informacji w jakim państwie będzie wytwarzany przedmiot zamówienia oraz kto w rzeczywistości wykona przedmiot zamówienia/ jest producentem oferowanego indywidualnego ekranu maskującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie niniejszego odwołania,
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, dokonanej przez Zamawiającego w dniu 26 kwietnia 2024 r.,
- 3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, z uwagi na fakt, że ze złożonej przez tego Wykonawcę oferty wynika, że podlegać winna odrzuceniu,
- 4)nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, z uwzględnieniem wyłącznie oferty Odwołującego,
- 5)nakazanie Zamawiającemu uznania oferty Odwołującego – jako oferty najkorzystniejszej i złożonej – jako jedyna – w sposób prawidłowy i skuteczny oraz wybór tej oferty, jako oferty najkorzystniejszej,

lub ewentualnie (z daleko posuniętej ostrożności), gdyby przy podniesieniu powyższych zarzutów, Izba doszła do przekonania, że oferta Wykonawcy nie podlega na tym etapie odrzuceniu, choć w ocenie Odwołującego istnieją ku temu nad wyraz istotne i rzeczywiste Odwołujący wniósł o:

- 6)zobowiązanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy MILDAT w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, w szczególności w zakresie wyjaśnień dotyczących kraju, w jakim zrealizowany zostanie przedmiot zamówienia i w zakresie udziału podwykonawców biorących udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, na podstawie art. 573 ustawy Pzp kosztów postępowania

- odwoławczego, na które składają się kwota w wysokości 15.000 zł – tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do dostarczenia na rozprawę wniosków zgłoszeniowych do Systemu JIM dla wyrobu JIM 1080PL1941392 (Indywidualny Ekran Maskujący),
 - 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 418 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał jako kryteria kwalifikacji wymóg posiadania ważnej koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym określonej ustawą z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Wymagana była koncesja na obrót - minimum Część IV - WT II pkt 3, podstawa Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie kwalifikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji.

Z przedłożonej przez wykonawcę MILDAT koncesji wynika bowiem, że posiada on uprawnienie do prowadzenia działalności jedynie w zakresie:

- „- obrotu materiałami wybuchowymi określonymi w ust. 1 — 4 — Części II — Rodzaje materiałów wybuchowych MW — Załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1888) – bez prawa magazynowania,
- obrotu rodzajami broni i amunicji określonymi w ust. 1 — 30 Części III — Rodzaje broni i amunicji — BA — Załącznika do w/w rozporządzenia,
- obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycjach WT I ust. 2 pkt 47, ust. 3-4, WT II-XII oraz WT XIV Części IV — Rodzaje wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym — WT — Załącznika do w/w rozporządzenia,
- obrotu technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określoną w pozycji WT XIII Części IV — Rodzaje wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym — WT — Załącznika do w/w rozporządzenia.”

Powyższe oznacza, że wykonawca MILDAT nie posiada uprawnień do wykonywania jakichkolwiek czynności w zakresie wytwarzania przedmiotu zamówienia, posiadając jedynie uprawnienie w zakresie obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

Z kolei „obrotem” w rozumieniu ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym jest działalność handlowa dotycząca materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, w tym pośrednictwo polegające na negocjowaniu, doradztwie handlowym, pomocy w zawieraniu umów oraz organizowaniu przemieszczania materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, z wyłączeniem działalności spedycyjnej, wykonywana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Skoro wykonawca MILDAT nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania wyrobów objętych przedmiotem zamówienia, a jedynie do prowadzenia „działalności handlowej” w tym zakresie, przez którą należy rozumieć transakcje takie jak kupno, sprzedaż, zamiana (itp.) to powyższe oznacza, że jest zobligowany do korzystania z pomocy podwykonawcy, w pozostałym zakresie (niezbędnym do wytworzenia wyrobu) i to z pomocy podwykonawcy, który takie uprawnienie do wytwarzania wyrobów objętych zamówieniem posiada.

Zamawiający żądał podania, czy wykonawca przedmiotowe zamówienie wykona samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców, czy z udziałem podwykonawców, a w tej drugiej opcji żądał podania nazwy i adresu podwykonawcy oraz zakres zamówienia powierzonego podwykonawcy. Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy na etapie składania ofert wykonawca przewiduje powierzenie części zamówienia podwykonawcy, lecz nie jest możliwe podanie nazw/firm wykonawców – wykonawca zaznacza, iż zamówienie wykona z udziałem podwykonawców oraz podaje zakres podwykonawstwa. Wykonawca zobowiązany będzie wówczas złożyć wykaz proponowanych podwykonawców przed ewentualnym podpisaniem umowy w postępowaniu. Powyższe należało odczytywać w ten sposób, że Zamawiający zastrzegł nie tylko obowiązek wskazania zakresu podwykonawstwa: części zamówienia, której realizację oferent zamierza zlecić podwykonawcom, z zastrzeżeniem, iż zakres podwykonawstwa nie może być równy 100% wielkości zamówienia, ale przewidział konieczność dookreślenia ww. informacji jeszcze przed zawarciem umowy.

Wykonawca MILDAT złożył oświadczenie (stanowiące treść oferty), że wykona przedmiot zamówienia bez udziału podwykonawców, nie posiadając jednocześnie koncesji na wytwarzanie przedmiotu zamówienia oraz nie będąc

producentem tkaniny poliestrowej EMT oraz dzianiny poliestrowej EMD, które są kluczowe do wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wykonawca MILDAT podał w ofercie, że producentem tkaniny poliestrowej EMT jest Dunlop Coates Textiles, a producentem dzianiny poliestrowej EMD jest TDU Defense Systems Inc.

Dunlop Coates Textiles, który jest producentem tkaniny poliestrowej EMT jest spółką posiadającą siedzibę w Wielkiej Brytanii, a zatem w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej oraz w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, jak również w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Tak samo TDU Defense Systems Inc., który jest producentem dzianiny poliestrowej EMD jest spółką posiadającą siedzibę w Turcji, a zatem w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej oraz w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, jak również w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Na dowód powyższego Odwołujący złożył Wydruk ze strony TDU Defense Systems Inc. oraz Wydruk ze strony Dunlop Coates Textiles.

Zgodnie natomiast z treścią art. 418 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający ustalił dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty: 1) Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli z jej treści wynika, że wykonanie zamówienia, zadania, bądź części zamówienia będzie odbywało się w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego powstała zatem istotna wątpliwość i pytanie, kto jest producentem przedmiotu zamówienia i w jakim kraju ten przedmiot zamówienia będzie wykonywany. W sytuacji, w której zdecydowaną większość przedmiotu zamówienia (dwa kluczowe ekrany – EMD i EMT) produkowane są poza terytorium Polski, przyjmując należy, że spełniona zostaje przesłanka odrzucenia oferty określona przez Zamawiającego w Rozdziale XII pkt 5 SWZ (z treści oferty wynika bowiem, że wykonanie zamówienia, zadania, bądź części zamówienia będzie odbywało się w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Z oferty dostępnej na stronie internetowej tureckiego dostawcy TDU Defense Systems Inc. wynika, że posiada on w katalogu swoich produktów wyroby oraz sprzęt służący do maskowania różnych obiektów na polu walki (tj. Personel Thermal Cover, Mobile Camouflage System, Multispectral Camouflage Net). Taki wyrób służący do maskowania różnych obiektów na polu walki jest też przedmiotem niniejszego zamówienia. To zaś wskazywać może na to, że producentem wyrobu jest turecka firma TDU Defense Systems Inc., która dodatkowo realizować miałaby 100% przedmiotu zamówienia (skoro wykonawca MILDAT nie posiada koncesji w zakresie wytwarzania). W tym zakresie oferta wykonawcy MILDAT – podobnie jak oferta wykonawcy Chema Sp. z o.o. podlegałaby odrzuceniu. Na dowód czego złożył Kartę katalogowa Personel Thermal Cover, Mobile Camouflage System, Multispectral Camouflage Net wraz z tłumaczeniami na język polski.

Tak więc brak odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w sytuacji, w której Wykonawca ten w złożonej ofercie zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2 wskazał, iż producentem tkaniny poliestrowej Ekranu Maskującego (EMT) jak i dzianiny poliestrowej Ekranu Maskującego Dzianinowego (EMD) są podmioty z Wielkiej Brytanii oraz Turcji, a więc spoza UE, EOG i z państw, z którymi Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – stanowi dodatkowo rażący brak konsekwencji ze strony Zamawiającego w toku podjętej czynności oceny i badania ofert.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z art. 99 – 102 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, opisuje przedmiot zamówienia:

- w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – tak by nie była możliwa różna interpretacja wskazanych postanowień;
- za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, by nie było wątpliwości, jakie są oczekiwania zamawiającego i aby opis mógł być podstawą sporządzenia właściwej oferty;
- uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – zamawiający opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych kwestii, które będą mieć znaczenie w kwestii kształtu oferty.

Jeżeli opis przedmiotu zamówienia odnosi się do niektórych materiałów lub urządzeń, wskazując znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę - Zamawiający, zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, dopuszcza oferowanie materiałów lub urządzeń równoważnych. Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, jakościowe i funkcjonalne jakim muszą odpowiadać materiały lub

urządzenia oferowane przez wykonawcę, aby zostały spełnione wymagania stawiane przez Zamawiającego. W takiej sytuacji, Wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne jest obowiązany wyraźnie zaznaczyć to w swojej ofercie, a w razie braku takiej informacji, Zamawiający uznaje, iż oferowany produkt jest produktem identycznym jak opisany przez Zamawiającego.

Obowiązkiem Wykonawcy oferującego wyrób równoważny jest wykazanie równoważności względem parametrów wskazanych w Wymaganiach Technicznych, z zastrzeżeniem złożenia tych dokumentów wraz z ofertą. Złożenie oferty jest czynnością prawną, w której skład wchodzi „essentialia negotii”- istotne elementy oferty do których należy zaliczyć część zamówienia, którą wykonawca zamierzał wykonać stosując materiały zamiennie. Zgodnie ugruntowanym orzecznictwem KIO (w tym z wyrokiem KIO z dnia 18.08.2016r. KIO 1391/16 , 1416/16, 1418/16), dokumenty mające na celu wykazanie równoważności stanowią element oferty opisujący oferowany przedmiot, a zatem nie podlegają uzupełnieniu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu opisał przedmiot zamówienia zgodnie z art. 99 ustawy Pzp, w załączniku nr 4 do SWZ, tj. w Wymaganiach Technicznych oraz Karcie katalogowej. Dokumenty precyzują produkt, który Zamawiający zamierzał pozyskać oraz wskazują tym samym punkt odniesienia co do oceny równoważności produktów alternatywnych.

Odwolujący podkreślił, że produkt zgodny z Załącznikiem nr 4 Karta Katalogowa, tj. Indywidualny Ekran Maskujący (IEM), o numerze indeksowym JIM 1080PL1941392, jest produktem opracowanym, produkowanym i dostarczonym uprzednio do SZ RP przez Lubawa S.A. (producentem wskazanym pod numerem JIM jest Lubawa S.A.)

Wskazany w Karcie katalogowej Jednolity Indeks Materiałowy – JIM, umożliwia Zamawiającemu odróżnienie towarów jednego przedsiębiorcy od towarów innego przedsiębiorcy. Jednocześnie Zamawiający w treści dokumentacji dotyczącej nr sprawy 3/2024/D-OiB, zawarł szereg wymagań dotyczących możliwości zastosowania produktu równoważnego do zamawianego, wskazując na konieczność udokumentowania faktu oferowania produktu równoważnego, m.in.:

- a) Rozdział III pkt. 9 SWZ - Zamawiający dopuścił produkty równoważne, wskazując jednocześnie, że to na Wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia owej równoważności,
- b) W treści wyjaśnień SWZ z dnia 29 lutego 2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 2, Zamawiający wskazał, że Wojskowy Instytut Techniki Inżynierskiej we Wrocławiu (zwanej dalej WITI) jest właściwą Instytucją, do oceny w zakresie zastosowania innych materiałów i wzorów kamuflażu i jako takie powinny podlegać procedurze oceny i akceptacji WITI,
- c) Kolejno w treści wyjaśnień SWZ z dnia 6 marca 2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 2, Zamawiający ponownie wskazał, że WITI jest certyfikowaną jednostką badawczą uprawnioną do wykonywania badań pokryć maskujących zgodnie z właściwą Normą Obronną.

W treści oferty Wykonawca winien wskazać, że oferowany produkt jest równoważny do produktu będącego przedmiotem sprawy nr 3/2024/D-OiB. Wykonawca miał obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego w Wymaganiach Technicznych, certyfikaty lub inne dokumenty, pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne. Jak wyraźnie wskazał Zamawiający, weryfikacja parametrów oraz wydanie stosownej opinii w przedmiocie zamówienia wydaje jednostka badawcza wskazana przez Zamawiającego, tj. przez WITI we Wrocławiu.

W treści złożonej oferty przez wykonawcę MILDAT, otrzymanej od Zamawiającego za pismem nr 6831/24 z dnia 18 marca 2024 r., brak jest jakiegokolwiek informacji, że oferowany przez tą firmę produkt jest równoważny. MILDAT nie złożył wraz z ofertą żadnych dokumentów mogących wykazać spełnienie równoważności, w szczególności nie została załączona żadna analiza i weryfikacja równoważności realizowana przez WITI.

Odwolujący dodał, że nie sposób uznać, że wykonawca MILDAT zaoferował Indywidualny Ekran Maskujący (IEM), o numerze indeksowym JIM 1080PL1941392, gdyż jego producentem jest Lubawa, a dodatkowo zakres danych wskazanych w ofercie (tj. dane producentów tkaniny poliestrowej EMT oraz dzianiny poliestrowej EMD) wskazuje na innego producenta wyrobu. To oznacza, że obowiązkiem Wykonawcy było wskazanie na zaoferowanie produktu równoważnego i wykazanie tej równoważności.

Z daleko posuniętej ostrożności, nawet gdyby uznać, że wykonawca MILDAT wg swoich założeń złożył ofertę na produkt zgodny z wymaganym przez Zamawiającego (JIM 1080PL1941392 wskazany w Karcie katalogowej), a nie na produkt równoważny, to takie działanie mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd, poprzez stworzenie pozorów, iż wykonawca MILDAT oferuje produkt (IEM o numerze indeksowym JIM 1080PL1941392), którego producentem jest Lubawa S.A.

Wykonawca MILDAT w żadnym czasie w toku toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę indywidualnych ekranów maskujących” sprawa nr 3/2024/D-OiB, firma Mildat sp z o.o., nie wystąpił o ofertę na wyroby produkowane przez Lubawa, a w konsekwencji takiej oferty nie otrzymał.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący

podniósł, że w Ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał na przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 405 ust. 2 pkt. 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Z treści wskazanej regulacji wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia." Informacje te są istotne i bez wątpliwości mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mając na względzie chociażby postanowienia rozdziału XII punkt 5 SWZ i sankcje wynikające z ww. regulacji.

Odnosząc zarzut art. 226 ust. 1 pkt 5 ppkt c) PZP w zw. z art. 418 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien bezwzględnie wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wezwanie to powinno dotyczyć w szczególności wyjaśnień dotyczących kraju, w jakim zrealizowany zostanie przedmiot zamówienia i powinno dotyczyć udziału podwykonawców biorących udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, mając na względzie fakt, że z przedłożonej przez Wykonawcę koncesji wynika przecież, iż nie posiada on kompetencji do wytwarzania przedmiotu zamówienia, a więc jest zobligowany do korzystania z pomocy podwykonawcy, który takie kompetencje posiada.

Wykonawca w złożonej ofercie zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2 wskazał, iż producentem tkaniny poliestrowej Ekranu Maskującego (EMT), jak i dzianiny poliestrowej Ekranu Maskującego Dzianinowego (EMD) są podmioty mające siedzibę w państwie nie będącym członkiem Unii Europejskiej i w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a tym samym Zamawiający nie miał i w dalszym ciągu nie ma (na podstawie złożonej oferty) jednoznacznej informacji w jakim państwie będzie wytwarzany przedmiot zamówienia oraz kto w rzeczywistości wykona przedmiot zamówienia/ kto jest producentem oferowanego indywidualnego ekranu maskującego, a zatem nie ma możliwości weryfikacji i sprawdzenia czy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 7 maja 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 9 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MILDAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą MILDAT”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 28 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia i dołączonych do odpowiedzi na odwołanie oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania – obejmujących zwrot poniesionych kosztów dojazdu celem stawiennictwa na posiedzeniu i rozprawie.

Wykonawca MILDAT w dniu 28 maja 2024 r. złożył pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy MILDAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1. Wydruk ze strony TDU Defense Systems Inc.

2. Wydruk ze strony Dunlop Coates Textiles.

3. Karta katalogowa Personel Thermal Cover, Mobile Camouflage System, Multispectral Camouflage Net wraz z tłumaczeniami na język polski.

4. Wniosek o unieważnienie czynności Zamawiającego – pismo Lubawa z dnia 29.04.2024 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1. Kserokopia Porozumienia między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Tureckiej o współpracy w dziedzinie techniki i przemysłu obronnego.

2. Wydruk z Monitora Polskiego Dziennika Urzędowego Rzeczypospolitej Polskiej - Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej o współpracy w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Umowa między rządem Rzeczypospolitej Polskiej a rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzajemności w zamówieniach obronnych, podpisana w Waszyngtonie dnia 5 maja 2023 r.

2. Pismo Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 28 października 2014 r.

3. Tłumaczenia dowodów załączonych do odwołania.

4. Plik dokumentów, w tym Warunki techniczne - edycja 2.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 418 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 (zgodnie z postanowieniami rozdziału XII punkt 5 SWZ), w sytuacji, w której ze złożonej przez tego Wykonawcę oferty (formularza cenowego) i koncesji na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wynikało jednoznacznie, że wykonanie zamówienia, zadania, bądź części zamówienia będzie odbywało się w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej oraz w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczypospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (zarzut nr 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający - zgodnie z „Opisem przygotowania wniosku”, rozdział 4 WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPELNIANIA TYCH WARUNKÓW, pkt 5 podał, że

„Zgodnie z treścią art. 418 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający ustala dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty:

1) Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli z jej treści wynika, że wykonanie zamówienia, zadania, bądź części zamówienia będzie odbywało się w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczypospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.”.

Zamawiający - zgodnie z „Opisem przygotowania wniosku”, rozdział 6 WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH WRAZ Z OŚWIADCZENIAMI I DOKUMENTAMI JAKIE MA ZŁOŻYĆ WYKONAWCA podał, że:

„Kompletny wniosek musi zawierać:

6.1. Wypełniony i podpisany Formularz Wniosku sporządzony zgodnie z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszego opisu.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany jest załączyć do wniosku: (...)

i) ważną koncesję na wykonanie działalności gospodarczej, wydaną na podstawie ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2022, poz. 268) Koncesja winna obejmować uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie określonym w załączniku do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1888) (CZĘŚĆ IV–WT II pkt. 3 – obrót)”.

Wykonawca MILDAT wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wymaganą przez Zamawiającego koncesję.

Zamawiający, pismem z dnia 1 lutego 2024 r., zaprosił wykonawcę MILDAT do złożenia oferty, przekazując

jednocześnie SWZ.

Zamawiający w rozdziale XII SWZ „Kryteria oraz sposób oceny ofert”, pkt 5 podał:

„Zgodnie z treścią art. 418 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający ustala dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty:

1) Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli z jej treści wynika, że wykonanie zamówienia, zadania, bądź części zamówienia będzie odbywało się w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.”.

Wykonawca MILDAT złożył ofertę, do której załącznikiem był „Formularz cenowy”. W tabeli „Formularza cenowego” wykonawca podał „nazwę producenta tkaniny poliestrowej Ekranu Maskującego Tkaninowego (EMT) spełniającej wymagania zawarte w tabeli nr 2 Wymagań Technicznych”, tj. „Dunlop Coated Textiles” oraz „nazwę producenta dzianiny poliestrowej Ekranu Maskującego Dzianinowego (EMD) spełniającej wymagania zawarte w tabeli nr 3 Wymagań Technicznych”, tj. „TDU Defense Systems Inc.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że Zamawiający – zgodnie z opisem przygotowania wniosku – wymagał złożenia przez wykonawców koncesji obejmującej uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie określonym w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 roku w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji na obrót. Tak więc wykonawca, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązany był do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wskazanej koncesji. I taki dokument - taką koncesję (koncesja Nr B-018/2017 z dnia 28 lutego 2017 r.) wykonawca MILDAT złożył. Wykazał więc na tym etapie postępowania, że posiada uprawnienie do prowadzenia wymaganej przez Zamawiającego działalności (działalności polegającej na obrocie określonymi materiałami), spełniając postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem legitymowania się koncesją na obrót a nie koncesją na wytwarzanie produktu, który był przedmiotem niniejszej dostawy. Skoro więc wykonawca MILDAT posiada koncesję na obrót produktami zamawianymi przez Zamawiającego oznacza to, że ma możliwość zrealizowania tego zamówienia. Dostawa to przecież – zgodnie z art. 7 pkt 4 ustawy Pzp – „nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”.

Producenci „tkaniny poliestrowej” i „dzianiny poliestrowej” – jak słusznie wskazał Zamawiający - nie są z automatu podwykonawcą. Nie każdy bowiem podmiot współpracujący w jakimś zakresie przy realizacji zamówienia, szczególnie w przypadku zamówienia na dostawy jest podwykonawcą. Podwykonawcą nie będzie więc producent danego wyrobu, a tym bardziej materiału, w tym przypadku „tkaniny poliestrowej” i „dzianiny poliestrowej”, materiału służącego do realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiącego część składową gotowego produktu, a którego przedmiotem jest dostawa (sprzedaż) gotowego produktu.

Z treści oferty wykonawcy MILDAT nie wynika także, że część zamówienia będzie wykonywana w państwie niebędącym państwem członkowskim unii europejskiej oraz państwie niebędącym członkiem europejskiego obszaru gospodarczego oraz w państwie, w którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Z treści oferty (formularza ofertowego) wykonawcy MILDAT wynika jedynie kto jest producentem tkaniny i dzianiny. Są to jedynie niczym nieoparte przypuszczenia Odwołującego. Z przedłożonych przez Odwołującego dowodów, tj. wydruku z Legalis- Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzajemności w zamówieniach obronnych, podpisana w Waszyngtonie dnia 5 maja 2023 r. oraz pisma Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 28 października 2014 r. okoliczność taka nie wynika. Wynika z nich jedynie, że została zawarta umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzajemności w zamówieniach obronnych, jak również, że według stanu na dzień 28 października 2014 r. nie było zawartej umowy czy też porozumienia o wzajemności w ramach zamówień obronnych między Rzeczypospolitą Polską a Państwem Izrael.

To Zamawiający przywołał porozumienie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Tureckiej o współpracy w dziedzinie techniki i przemysłu obronnego oraz Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej o współpracy w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (wydruk z Monitora Polskiego Dziennika Urzędowego Rzeczypospolitej Polskiej), z których wprost wynika, zresztą wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że ze wskazanymi krajami takie umowy zostały zawarte. A tym samym możliwy jest obrót sprzętem wojskowym pochodzącym z tych państw.

Reasumując Izba stwierdziła, że Odwołujący oparł odwołanie na ocenie oferty wykonawcy Chema a w zasadzie informacji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, przekładając niejako argumenty i podstawy odrzucenia oferty wykonawcy

Chema na ofertę wykonawcy MILDAT, łącząc kraj pochodzenia producenta wskazanych tkanin z wykonaniem całości lub części zamówienia w państwie nie będącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nie wykazując przy tym zaistnienia takich okoliczności po stronie wykonawcy MILDAT. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, w sytuacji, w której Wykonawca ten, mimo ciążącemu na nim obowiązku nie wskazał i nie wykazał w treści oferty, że oferowany przez niego produkt (IEM) jest równoważny do produktu będącego przedmiotem zamówienia oraz nie przedłożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego w Wymaganiach Technicznych, certyfikaty lub inne dokumenty, pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że oferowane wyroby i ich parametry są rzeczywiście równoważne (zarzut nr 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale III SWZ „Przedmiot zamówienia” podał m.in., iż *„Przedmiot zamówienia musi być zgodny z wymaganiami określonymi w Wymaganiach technicznych oraz karcie katalogowej stanowiącymi załącznik nr 4 do SWZ. (...) 9. Wszelkie zapisy zawarte w dokumentach zamówienia wskazujące na typ, znaki towarowe lub pochodzenie przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z wyrazami „lub równoważne”. Nazwy własne są jedynie przykładowe, nie wskazują na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Wykonawca, oferując przedmiot równoważny do opisanego w specyfikacji jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów użytkowych, funkcjonalnych, gabarytowych i jakościowych, określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, jako parametry równoważności. Obowiązek udowodnienia, że oferowane wyroby są równoważne spoczywa na Wykonawcy.”.*

Wykonawca MILDAT w złożonej ofercie oświadczył, że:

„1. Oferuję realizację zamówienia w pełnym zakresie określonym w dokumentach zamówienia zgodnie z niżej wymienionymi warunkami i ceną: (...)

3. Oświadczam iż, zrealizuję dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami SWZ oraz jej załączników.

4. Oświadczam, że dostarczony przeze mnie asortyment będzie zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ i jej załącznikach.

5. (...)

*6. Oświadczam, że zamówienie wykonam****:*

– bez udziału podwykonawców ☒”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy Pzp stanowi: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: (...) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”.*

Oznacza to, że niezłożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego lub przedmiotowego środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu skutkuje odrzuceniem oferty tego wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 107 Pzp dla dokumentów przedmiotowych).

Niewątpliwym jest, że Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia (Wymagania Techniczne) cechy produktów będących przedmiotem tego zamówienia. W Rozdziale III SWZ „Przedmiot zamówienia”, pkt 2 podał bowiem, że *„Przedmiot zamówienia musi być zgodny z wymaganiami określonymi w Wymaganiach technicznych oraz karcie katalogowej stanowiącymi załącznik nr 4 do SWZ.”.* Wskazał więc parametry techniczne zamawianego produktu. Oferowany produkt – jak także podał, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w piśmie z dnia 1 marca 2024 r. - powinien bezwzględnie spełniać wymagania określone w Wymaganiach Technicznych, które są nadrzędnym dokumentem określającym wymagania techniczne, jakie powinien spełniać oferowany przez wykonawcę produkt. Dokument Karta Katalogowa ma charakter wyłącznie informacyjny. Zamawiający nie odwołał się przy tym do konkretnego wyrobu lub konkretnego producenta, a taka okoliczność uzasadniałaby dopiero wykazywanie przez wykonawcę równoważności o ile taki produkt – produkt równoważny zostałby przez wykonawcę faktycznie zaoferowany. Wobec powyższego – jak słusznie podniósł Zamawiający – wykonawca nie musiał wskazywać i nie wskazał kryterium/parametrów równoważności. Co więcej Zamawiający nie żądał nigdzie (żadne postanowienia SWZ do tego się nie odnoszą) złożenia przez wykonawców składających ofertę jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany był jedynie do złożenia stosownego oświadczenia zawartego w treści oferty i takie oświadczenie wykonawca MILDAT złożył.

W Wymaganiach technicznych, mimo iż określono w nich podstawowe parametry i wymiary, wymagania konstrukcyjno – techniczne, wymagania odnośnie odporności całkowitej na oddziaływanie czynników środowiskowych, jak również jak oferowany zestaw – komplet powinien być ukompletowany to brak jest odwołania do konkretnego produktu Lubawa S.A. a więc produktu Odwołującego poprzez określenie znaku towarowego, patentów lub jego pochodzenia itp. Informacji takich nie zawiera także przywołana i przekazana wykonawcom przez Zamawiającego Karta Katalogowa, w treści której m.in. podano:

„1. Pełna nazwa SpW Indywidualny Ekran Maskujący (IEM)

2. Numer indeksowy

- IM WP – 445065

- JIM 1080PI941392

3. Numer, kod klasyfikacyjny (WG ADER)

Nie dotyczy (...),”

a w miejscu „15. Rok rozpoczęcia produkcji seryjnej (dostaw do wojsk), producent”, żadnych informacji nie wpisując. Tak więc i w tym dokumencie brak jest jakiegokolwiek odwołania do oznaczonego produktu producenta Lubawa S.A. Zamawiający sprecyzował jedynie jakiego produktu oczekuje (jakie parametry spełniać ten produkt powinien). Co więcej konsekwentnie podkreślał, w tym także udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców np. pismem z dnia 9 marca 2024 r.), iż „Oferowany asortyment powinien bezwzględnie spełniać wymagania określone w Wymaganiach Technicznych.”, ale i wówczas nigdzie nie odniósł się do produktu Lubawa S.A. Nie można więc uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że wykonawcy zobowiązani byli zaoferować produkt Lubawa S.A. lub też równoważny do tego produktu.

Natomiast wskazany przez Zamawiającego nr JIM jako ten element dokumentacji postępowania, który w ocenie Odwołującego, miałby potwierdzać jego stanowisko, iż należało zaoferować produkt Lubawa S.A. lub też równoważny do tego produktu stanowi w istocie – jak wykazał Zamawiający - wprowadzony w Wojsku Polskim system klasyfikacji wyrobów obronnych, który obejmuje wszystkie wyroby, poprzez ustalenie i szczegółowe uregulowanie, tzw. Jednolitego Indeksu Materiałowego (JIM). Jednolity Indeks Materiałowy (JIM) jest to bowiem kod alfanumeryczny jednoznacznie identyfikujący wyrób lub jego element (bez danych produkcyjnych) stosowany w resorcie obrony narodowej. Na okoliczność czego Zamawiający przywołał obowiązujące w tym zakresie akty prawne i decyzje Ministra Obrony Narodowej (Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 kwietnia 2022 r. w sprawie opracowania Planu zabezpieczenia potrzeb Sił Zbrojnych realizowanych przez przedsiębiorców (Dz. U. z 2022, poz. 949) oraz Decyzję Nr 186/MON Ministra Obrony narodowej z dnia 23 grudnia 2021 r. w sprawie zasad wprowadzania sprzętu wojskowego do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz wycofywania sprzętu wojskowego (Dz. Urz. MON z 2021 r. poz. 269), Decyzję nr 34/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 3 kwietnia 2023 r. w sprawie Rady Modernizacji Technicznej (Dz. Urz. MON z 2021 r. poz. 189), a także Decyzję Ministra Obrony Narodowej z dnia 19 lutego 2007 r. w sprawie wdrażania i użytkowania Jednolitego Indeksu Materiałowego (Dz. Urz. MON Nr 4, poz. 46), oraz nakaz stosowania Wytucznych przełożonego Zamawiającego, tj. Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z dnia 24 lutego 2011 r. w sprawie funkcjonowania systemu Jednolitego Indeksu Materiałowego po zakończeniu indeksacji w wymiarze prognozowanym przez gestorów. Tak więc JIM stanowi krajowe źródło informacji o wyrobach obronnych dla wszystkich systemów funkcjonujących w komórkach i jednostkach organizacyjnych resortu obrony narodowej, który poprzez identyfikację wszystkich wyrobów (zasobów) będących przedmiotem obrotu materialno - finansowego zaopatrywania JIM usprawnia proces zarządzania zasobami wojska w układzie narodowym. Indeksacja umożliwia także wykonanie niezbędnego remanentu wyrobów obronnych i wskazanie tych wyrobów obronnych, które ze względu na posiadane cechy „natowskiego pozycji zaopatrywania” zostaną w pierwszej kolejności zgłoszone przez instytucje eksperckie do kodyfikacji. Jednolity indeks materiałowy JIM – jak konsekwentnie wskazywał i wykazał Zamawiający - to zatem system identyfikacji i katalogowania materiałów używanych w wojsku, który pomaga w zarządzaniu zasobami, śledzeniu inwentarza oraz ułatwia identyfikację potrzeb i zamówień. A tym samym system ten (JIM) to system katalogowania materiałów, które umożliwia jednolite zarządzanie nimi niezależnie od dostawcy i nie wskazuje on na konieczność zakupów tylko od konkretnego producenta, który był wskazanym podczas indeksowania materiału. Nie narzuca on także ograniczeń co do źródła zakupu, czyli nie jest znakiem towarowym dostawcy. Można dowolnie dokonywać zakupów o różnych dostawców, podając jeden i ten sam JIM. JIM pozwala na jednolite zarządzanie identyfikację materiałów niezależnie od źródła pochodzenia.

Reasumując Izba uznała, że skoro Zamawiający nie opisał w jaki sposób równoważność będzie przez niego badana a jedynie podał, iż oczekuje zaoferowania produktu spełniającego określone wymogi, nie żądając przy tym złożenia jakichkolwiek dokumentów nie może być mowy o uznaniu, iż wykonawca takich dokumentów (bliżej nieokreślonych) nie złożył z wszelkimi konsekwencjami takiego działania. Wobec tego Izba uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wykluczenia wykonawcy MILDAT z udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której złożył on w formularzu ofertowym nieprawdziwe oświadczenia, że nie będzie korzystał z podwykonawcy w sytuacji, gdy musi z niego skorzystać skoro nie posiada koncesji na wytwarzanie wyrobów objętych zamówieniem (zarzut nr 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający - zgodnie z „Opisem przygotowania wniosku”, rozdział 6 WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH WRAZ Z OŚWIADCZENIAMI I DOKUMENTAMI JAKIE MA ZŁOŻYĆ WYKONAWCA - podał, że:

„Kompletny wniosek musi zawierać:

6.1. Wypełniony i podpisany Formularz Wniosku sporządzony zgodnie z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszego opisu.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany jest załączyć do wniosku: (...)

i) ważną koncesję na wykonanie działalności gospodarczej, wydaną na podstawie ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2022, poz. 268) Koncesja winna obejmować uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie określonym w załączniku do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1888) (CZĘŚĆ IV–WT II pkt. 3 – obrót”.

Wykonawca MILDAT wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wymaganą przez Zamawiającego koncesję.

Zamawiający, pismem z dnia 1 lutego 2024 r., zaprosił wykonawcę MILDAT do złożenia oferty, przekazując jednocześnie SWZ.

Wykonawca MILDAT w złożonej ofercie oświadczył, że:

„6. Oświadczam, że zamówienie wykonam****:

– bez udziału podwykonawców ”.

Jednocześnie wykonawca MILDAT w tabeli „Formularza cenowego” podał „Nazwę producenta tkaniny poliestrowej Ekranu Maskującego Tkaninowego (EMT) spełniającej wymagania zawarte w tabeli nr 2 Wymagań Technicznych”, tj. „Dunlop Coated Textiles” oraz „Nazwę producenta dzianiny poliestrowej Ekranu Maskującego Dżianinowego (EMD) spełniającej wymagania zawarte w tabeli nr 3 Wymagań Technicznych”, tj. „TDU Defense Systems Inc.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”.

Oznacza to, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Podkreślić przy tym należy, że podstawa ta dotyczy wyłącznie takich informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z kolei art. 405 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) o którym mowa w art. 109”.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący podnosząc ów zarzut odwołał się do treści formularza oferty, w którym wykonawca MILDAT oświadczył, że zamówienie wykona bez udziału podwykonawców podczas gdy – w ocenie Odwołującego - musi z nich skorzystać skoro nie posiada koncesji na wytwarzanie wyrobów objętych zamówieniem. Jednak Odwołujący poza zacytowaniem treści ogłoszenia o zamówieniu i fakultatywnej przesłanki wykluczenia oraz odwołaniem się do braku po stronie wykonawcy MILDAT koncesji na wytwarzanie wyrobów objętych zamówieniem, posiadanie której nie było wymagane, w treści uzasadnienia odwołania w tym zakresie nie przedstawił niemal żadnych argumentów. Oczywistym bowiem było w świetle postanowień SWZ – że wystarczającym dla uzyskania przedmiotowego zamówienia było posiadanie koncesji na obrót, tj. na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

Zamawiający, co jest bezsporne, wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia czy zamówienie wykona bez udziału podwykonawców, czy też z ich udziałem i w tej drugiej sytuacji wskazania nazwy i adresu podwykonawcy oraz

zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcy. Wykonawca MILDAT oświadczył, co także jest bezsporne, że zamówienie wykona bez udziału podwykonawców. To z kolei z uwagi na przedmiot zamówienia – na co wskazał także Zamawiający – jest możliwe. Nie każdy bowiem podmiot współpracujący w jakimś zakresie przy realizacji zamówienia, szczególnie w przypadku zamówienia na dostawy jest podwykonawcą. Podwykonawcą nie będzie więc producent danego wyrobu, a tym bardziej materiału, w tym przypadku „tkaniny poliestrowej” i „dzianiny poliestrowej”, materiału służącego do realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiącego część składową gotowego produktu.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MILDAT do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności w zakresie wyjaśnień dotyczących kraju, w jakim zrealizowany zostanie przedmiot zamówienia i w zakresie udziału podwykonawców biorących udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, mając na względzie fakt, że z przedłożonej przez Wykonawcę koncesji wynika, iż nie posiada on uprawnień do wytwarzania przedmiotu zamówienia, a więc jest zobligowany do korzystania z pomocy podwykonawcy, który takie kompetencje posiada, jak również mając na względzie fakt, że Wykonawca w złożonej ofercie zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2 wskazał, iż producentem tkaniny poliestrowej Ekranu Maskującego (EMT), jak i dzianiny poliestrowej Ekranu Maskującego Dżianinowego (EMD) są podmioty mające siedzibę w państwie nie będącym członkiem Unii Europejskiej i w państwie nie będącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska nie zawarła umowy międzynarodowej dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a tym samym Zamawiający nie ma informacji w jakim państwie będzie wytwarzany przedmiot zamówienia oraz kto w rzeczywistości wykona przedmiot zamówienia/ jest producentem oferowanego indywidualnego ekranu maskującego (zarzut nr 4 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający - zgodnie z „Opisem przygotowania wniosku”, rozdział 6 WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH WRAZ Z OŚWIADCZENIAMI I DOKUMENTAMI JAKIE MA ZŁOŻYĆ WYKONAWCA podał, że:

„Kompletny wniosek musi zawierać:

6.1. Wypełniony i podpisany Formularz Wniosku sporządzony zgodnie z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszego opisu.”, a także:

„i) ważną koncesję na wykonanie działalności gospodarczej, wydaną na podstawie ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2022, poz. 268) Koncesja winna obejmować uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie określonym w załączniku do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie klasyfikacji rodzajów materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym na których wytwarzanie lub obrót jest wymagane uzyskanie koncesji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1888) (CZĘŚĆ IV–WT II pkt. 3 – obrót)”.

Wykonawca MILDAT wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wymaganą przez Zamawiającego koncesję.

Zamawiający, pismem z dnia 1 lutego 2024 r., zaprosił wykonawcę MILDAT do złożenia oferty, przekazując jednocześnie SWZ.

Zamawiający w rozdziale IX „Opis sposobu przygotowania oferty” wymagał złożenia przez wykonawców oferty, która „musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1) Wypełniony druk Oferta sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ;
- 2) wypełniony Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 2 do SWZ;
- 3) dokumenty wskazane w rozdziale VI niniejszej SWZ;
- 4) pełnomocnictwo (...)

Takie dokumenty złożył wykonawca MILDAT.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Oznacza to, że Zamawiający ma prawo do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przepis ten nie nakłada na Zamawiającego takiego obowiązku.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że nie ma podstaw do wyjaśnień treści oferty wykonawcy MILDAT, gdyż wszelkie wymagane dokumenty i oświadczenia zostały przez tego wykonawcę

złożone. Brak jest więc podstaw do skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz innych złożonych przez wykonawcę MILDAT dokumentów lub oświadczeń. Co więcej producenci „tkaniny poliestrowej” i „dzianiny poliestrowej” nie zostali wskazani jako podwykonawcy. A ponadto Turcja i Wielka Brytania – jak wykazał Zamawiający – mają podpisane z Polską stosowne dokumenty umożliwiające obrót sprzętem wojskowym pochodzącym z tych państw.

Tym samym Izba stwierdziła brak podstaw prawnych do wyjaśniania treści oferty wykonawcy MILDAT. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....