

WYROK

Warszawa, dnia 20 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2025 r. przez Rafała Janikowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R.J z siedzibą: ul. Krzemowa 1, Złotniki, 62-002 Suchy Las w postępowaniu prowadzonym przez 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu

orzeka:

1.A. umarza postępowanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu w pozycjach numer: 2, 4, 7 i 13.;

B.W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę WILD BEAR R.J. z siedzibą: ul. Krzemowa 1, Złotniki zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy) uiszczoną przez R.J. w Złotnikach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od R.J. w Złotnikach na rzecz zamawiającego - 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę – menażki ze stali nierdzewnej nr sprawy: MAT/22/PZ/2025. Numer ogłoszenia: 108118-2025 z 18 lutego 2025 r.

Odwołujący: R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R.J. z siedzibą: ul. Krzemowa 1, Złotniki, 62-002 Suchy Las jako wielokrotny dostawca Sił Zbrojnych RP w tożsamym asortymencie – potencjalny oferent, wniósł 28 lutego 2025 r. odwołanie wobec treści SWZ oraz projektowanych postanowień umowy wskazując, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, może niewadliwie i prawidłowo wykonać przedmiotowe zamówienie. Usunięcie wskazanych uchybień i nieścisłości pozwoli na złożenie prawidłowej oferty i zawarcie prawidłowej umowy, pozbawionej nielogiczności i wątpliwości, przy realizacji której obowiązki Stron będą jasne i precyzyjnie określone.

Zarzucił, iż Zamawiający naruszył:

1. art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: wzajemnie sprzecznie określono miejsca dostaw i ilość dostarczanych towarów- według zawartego w SWZ p-kt 3.3 miejsca dostaw określa „zał. Nr 2 do SWZ” (faktycznie jest to załącznik nr 2 do umowy, który mówi o dostawach do Nowogrodu Bobrzańskiego, podczas gdy do umowy dodano jeszcze załącznik nr 12 (numer jest nieczytelny), który mówi o dostawach do magazynów w całej Polsce (a nie Nowogrodzie Bobrzańskim) w ilościach, które nie są zgodne z SWZ (SWZ wskazuje na 19.000 sztuk w ramach zamówienia gwarantowanego oraz 19.000 sztuk w ramach zamówienia opcjonalnego, razem 38000 sztuk) a załącznik nr 12 (numer jest nieczytelny) mówi o 24.000 sztuk zamówienia gwarantowanego i 14.000 sztuk zamówienia opcjonalnego – wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmianę projektowanych postanowień umownych i usunięcie załącznika nr 12 (numer jest nieczytelny).

2. art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do SWZ i wzoru umowy zapisu: w pkt 3.16 SWZ Zamawiający „nie żąda” od Wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych, a w pkt 4.2 WET (załącznik nr 3 do umowy) Zamawiający żąda przedstawienia dokumentu wydanego przez laboratorium akredytowane potwierdzające zgodność współrzędnych barw koloru zielonego zastosowanej farby proszkowej, co jest wzajemnie sprzeczne. Nadto Norma Obronna NO-73-A200:2021 w tablicy 5 badań i w opisie badań punkt 4.2 nie przewiduje badań barwy farby na próbce (wyselekcjonowanej spośród przedstawionych do odbioru wyrobów), natomiast Norma Obronna NO-80-A200:2021 nie dopuszcza badania farby na gotowych wyrobach (po ich pomalowaniu) a jedynie farbę, którą będzie się malować te przedmioty *), stąd wobec zapisu o konieczności przedłożenia dokumentu o spełnieniu wymagań odnośnie barwy

wydanego przez akredytowane laboratorium to Zamawiający, a nie RPW (które nadzoruje badania z tablicy 5) winien ocenić i dopuścić lub odrzucić taki dokument. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmianę projektowanych postanowień umownych i usunięcie pkt 4.2 WET (załącznik nr 3 do umowy), oraz jednocześnie dopisanie w 3.16 SWZ żądania złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego.

4. art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W §2 pkt 1 umowy wskazano „dla części od 1 do 5” z czego wynika, iż jest 5 części, podczas gdy formularz ofertowy - załącznik nr 1 do SWZ wyszczególnia jedynie 2 części. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmianę tych zapisów i ich ujednolicenie.

5. art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W § 3 pkt 7 umowy Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do jednostronnej zmiany miejsca dostaw. Przed złożeniem oferty należy wyliczyć cenę ofertową, z uwzględnieniem transportu. Każdy wysłany TIR to obecnie koszt minimum 5.000 zł. Taki zapis jest nieproporcjonalny, nadto może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu z SWZ i określenie miejsc dostaw.

6.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W § 4 ust. 5 pkt 2 lit a umowy zawarto zapis, iż „Wykonawca jest zobowiązany spełnić wymagania Przedstawiciela RPW dotyczące niezbędnych potrzeb ułatwiających realizację przez niego zadań, w szczególności: a) zapewnić mu środki niezbędne do prawidłowego przebiegu procesu nadzorowania jakości tj. pomoc potrzebną dla oceny, weryfikacji lub udokumentowania realizacji dostawy objętej niniejszą umową” - jest to zapis niejasny i zbyt ogólny – nie wiadomo jakie to środki? Czy finansowe czy inne? W jakiej wysokości? Nie można wyliczyć tych środków przy składaniu oferty. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu.

7.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W §4 ust. 5 pkt 2 lit b umowy zawarto zapis, iż „Wykonawca ma umożliwić Zamawiającemu zweryfikowanie zgodności jakościowej przeprowadzonej usługi z wymaganiami umowy.”. Zapis ten jest błędny – powinien dotyczyć przedstawiciela RPW (bo to jego dotyczą te zapisy, a nie Zamawiającego), powinny być również wskazane dostawy a nie usługi. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu.

8.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W § 4 ust. 5 pkt 2 lit c i d umowy zawarto zapis, iż „Wykonawca jest zobowiązany spełnić wymagania Przedstawiciela RPW dotyczące niezbędnych potrzeb ułatwiających realizację przez niego zadań, w szczególności: zapewnić mu możliwość (....), w razie potrzeby udostępnić mu (....)”

- zapisy te są niejasne i zbyt ogólne – nie wiadomo jaka będzie skala i zakres tych wymogów, jakie koszty będzie musiał ponieść Wykonawca aby je zrealizować? Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie obu tych zapisów.

9.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W § 4 ust. 5 pkt 4 umowy zawarto zapis, iż „Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć do RPW kopie umów podpisanych z podwykonawcami”, podczas gdy w AQAP 2131 pkt 2.2 ppkt 2 zawarto zapis: „Na żądanie, dostawca powinien przedłożyć egzemplarze wszelkich umów”. RPW dokonuje odbioru na podstawie AQAP 2131 – jest więc to dokument wiążący Strony umowy. Odwołujący rozumie - dostarczyć czyli fizycznie i trwale przekazać, a przedłożyć czyli okazać/pokazać. Wskazane zapisy są niekonsekwentne. Nadto dokumenty te mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa (również podwykonawców i poddostawców). Złazszcza, że w rozdziale 3 pkt 3.15 SWZ, Zamawiający nie żąda wskazania podwykonawców, ani nie będzie badał przesłanek wykluczenia podwykonawców – czyli zapis umowy jest sprzeczny z SWZ. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu.

10.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W § 4 ust. 5 pkt 7 umowy zawarto zapis, iż „Wykonawcy znane są zasady nadzorowania jakości przez przedstawiciela wojskowego w trakcie wykonywania umowy i zobowiązuje się spełnić wymagania przedstawiciela wojskowego wynikające z zakresu niezbędnych potrzeb związanych z realizowanymi przez niego zadaniami”, który to zapis jest sprzeczny z §4 ust. 5 pkt 1 litera a, gdyż wymagania zostaną dopiero ustalone po podpisaniu umowy na spotkaniu roboczym z RPW. Taki sam zapis widnieje w pkt 11 Klauzuli Jakościowej nr 1/4RBLLog/2025 (załącznik nr 8 do wzoru umowy). Zapisy te są całkowicie nielogiczne, niebezpieczne dla Wykonawcy, nie mają wymaganej przejrzystości – nadto jest to zmuszanie Wykonawcy do poświadczania nieprawdy. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu.

11.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W § 4 ust. 12 umowy zawarto zapis, iż „Z odbioru dostawy Odbiorca sporządza (...) Protokół odbioru dostawy (...)” a §4 ust. 12 mówi, iż „Za datę przyjęcia dostawy

uważa się datę wskazaną w Protokole odbioru dostawy". Tak skonstruowane zapisy dają pole do licznych wątpliwości i nadużyć – Odbiorca sporządza protokół bez udziału Wykonawcy (Wykonawca nie ma żadnej kontroli nad tymi czynnościami), i ten protokół może być sporządzony dzień po dostawie, może być sporządzony po kilku dniach, dokładna data/termin nie jest znana (a może pociągać za sobą istotne skutki finansowe np. w postaci kar umownych). Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmodyfikowanie tego zapisu, tak aby protokół odbioru dostawy był sporządzony w dniu dostawy.

12.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: W §7 ust. 6 umowy zawarto zapis, iż „Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie z należnego mu wynagrodzenia wszelkich roszczeń (...) z każdej należności Wykonawcy” natomiast w §9 ust. 3 umowy zawarto zapis, iż „Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie z zabezpieczenia wszelkich roszczeń (...). Skoro Zamawiający żąda wniesienia ZNWU, to zapis pozwalający na potrącanie z wynagrodzenia jest zapisem niepotrzebnym i nieproporcjonalnym. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu (§ 7 ust. 6 umowy).

13.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: Pkt 4 ppkt 1 WET (załącznik nr 3 do umowy) zawiera zapis „(...) oraz klauzuli jakościowej uzgodnionej z WCNJiK”. Zapis ten jest błędny – powinno być „(...) oraz klauzuli jakościowej uzgodnionej z Agencją Uzbrojenia”. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmodyfikowanie tego zapisu.

14.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: Pkt 4 ppkt 2 WET (załącznik nr 3 do umowy) zawiera zapis „w celu potwierdzenia zgodności współrzędnych barw koloru zielonego (...) Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dokument (...) stwierdzający spełnienie tego wymogu przez zastosowaną farbę proszkową”. Zapis ten jest niejasny i nieprecyzyjny – nie wskazano komu należy dokument ten przedstawić i kiedy. Nie powinno się tak formułować wymogów wobec Wykonawcy. Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o usunięcie tego zapisu.

15.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: Pkt 4 ppkt 3 (załącznik nr 3 do umowy) zawiera zapis „Po uzgodnieniu arkusza analizy ryzyka oraz klauzuli jakościowej Zamawiający zwróci się (...)”. Nieprawidłowość tego zapisu polega na tym, iż klauzula jakościowa stanowi załącznik do wzoru umowy, podczas gdy arkusz analizy ryzyka nie – arkusz ryzyka i jego treść jest Oferentowi zupełnie nieznana. Może się okazać, iż treść arkusza ryzyka uniemożliwi realizację umowy, bądź uczyni ją nieopłacalną. Taki zapis jest nieprzejrzysty – nadto Zamawiający jest niekonsekwentny zamieszczając tylko jeden ze wskazanych dokumentów.

Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmodyfikowanie tego zapisu, poprzez usunięcie wskazanego arkusza analizy ryzyka, lub zamieszczenie arkusza analizy ryzyka w SWZ.

16.art. 16 pkt 1 - 3 pzp przez wprowadzenie do projektowanej umowy zapisu: w Załączniku nr 8 do Projektowanych Postanowień Umowy - Klauzula Jakościowa w punkcie 1 widnieje stwierdzenie, iż „ System zarządzania jakością wykonawcy jest zgodny z PNEN-ISO 9001:2015, a jednocześnie wSWZ nie ma obowiązku złożenia dokumentu, potwierdzenia czy udowodnienia, że Wykonawca spełnia wymagania system ISO 9001. Klauzula jakościowa nabiera charakteru wykonawczego, obowiązuje dopiero po podpisaniu umowy i zaczyna się od stwierdzenia, że wykonawca spełnia system ISO 9001. Po spotkaniu organizacyjnym z wyznaczonym RPW, przedstawiciel wojskowy - RPW na podstawie przedłożonych dokumentów, stwierdza i informuje Zamawiającego o spełnieniu wymogu przez Wykonawcę.

Wobec czego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 litera c ustawy pzp wnoszę o zmodyfikowanie tego zapisu, poprzez dopisanie w Rozdziale 6 wymogu złożenia wraz z ofertą oświadczenia o posiadaniu systemu zarządzania jakością zgodnym z PN-EN ISO9001:2015 bądź certyfikatu wdrożonego systemu zarządzania jakością zgodnym z PN-EN ISO9001:2015.

oraz wnosząc o: uwzględnienie niniejszego odwołania, w związku z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego, obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie.

Z uwagi na to, iż odwołanie dotyczy treści SWZ i projektowanych postanowień umowy, każdy zarzut zawiera konkretny zapis wraz z uzasadnieniem i wnioskiem o określone rozstrzygnięcie. Sporządzanie zbiorczego uzasadnienia jest niecelowe, nadto skomplikuje całość odwołania.

Niniejsze odwołanie dotyczy zasadniczo nieścisłości, błędów merytorycznych i logicznych, zapisów nieproporcjonalnych i niebezpiecznych dla potencjalnego Wykonawcy oraz Odwołującego. Dokumentacja przetargu ma istotną objętość, co nie usprawiedliwia jednak licznych błędów i nieścisłości.

Zamawiający: 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu, wnioskodpowieź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia odwołanie z dnia 28.02.2025 r. w części, tj. w zakresie następujących punktów odwołania: 2, 4, 7, 13.

Zamawiający nie podziela przedstawionych przez Odwołującego zarzutów w zakresie punktów 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 zawartych w ww. odwołaniu.

Wobec powyższego Zamawiający wniosk o:

- 1) umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutów ujętych w odwołaniu pod pkt 2, 4, 7, 13 zgodnie z art. 522 ust. 4 PZP;
- 2) oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów ujętych w odwołaniu pod pkt 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 zgodnie z art. 553 PZP.

UZASADNIENIE

Odwołujący w treści odwołania pod punktami 2-16 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt. 1-3 PZP poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

- 1) Zasadność uwzględnienia odwołania co do pkt 2, 4, 7, 13.

A) ZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 2 DOTYCZĄCEGO MIEJSC DOSTAW

Zamawiający uwzględnia zarzut Odwołującego, iż miejsca dostaw wraz z ilością dostarczanych towarów dla poszczególnych części zamówienia (gwarantowane i opcjonalne) przedstawione zostały w sposób nieczytelny i budzący wątpliwości. Zgodnie SWZ miejsce dostawy określa zał nr 2 do projektowanych postanowień umowy, które stanowią załącznik nr 2 do SWZ. Zamieszczony jako załącznik nr 2 do Umowy dokument pn. „Miejsce dostawy”, który jako miejsce dostawy wskazuje wyłącznie Skład 4 Regionalnej Bazy Logistycznej (RBLLog) w Nowogrodzie Bobrzańskim, stanowi dokument roboczy - poglądowy i omyłkowo został opublikowany jako część dokumentów zamówienia. Zamawiający zobowiązuje się dokonać zmiany w załączniku nr 2 do Umowy wg schematu: zamówienia gwarantowane z podziałem na 2 części.

Suma wyrobów dla postępowania wynosi 19 000 szt. dla zamówienia gwarantowanego i 19 000 szt. udzielonego zamówienia opcjonalnego, w ramach 2 części.

B) ZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 4 DOTYCZĄCEGO PODZIAŁU ZAMÓWIENIA NA 5 CZĘŚCI

Zamawiający informuje, że uwzględnia zarzut Odwołującego, iż podział na części w S 2 ust. 1 Umowy wymaga doprecyzowania względem treści pkt 3.7 SWZ oraz formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ.

Zamawiający zobowiązuje się dokonać zmiany w § 2 ust. 1 Umowy wg schematu:

Wartość przedmiotu umowy:

1. Wartość przedmiotu umowy dla poszczególnych części zamówienia wynosi /.../

C) ZASADNOŚĆ ZARZUTU NR 7 DOT. ZAPISU § 4 UST. 5 PKT 2 LIT. B UMOWY

Zamawiający informuje, że uwzględnia zarzut Odwołującego, iż treść S 4 ust. 5 pkt 2 lit. b Umowy w brzmieniu „umożliwić Zamawiającemu zweryfikowanie zgodności jakościowej przeprowadzanej usługi zgodnie z wymaganiami umowy” jest niespójna z pozostałymi zapisami umowy, jako że kontrolę jakości w imieniu Zamawiającego przeprowadza przedstawiciel Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego (dalej RPW”), a przedmiotem zamówienia są dostawy.

Zamawiający zobowiązuje się dokonać zmiany w S 4 ust. 5 pkt 2 lit. b Umowy wg poniższego schematu:

„b) umożliwić przedstawicielowi RPW zweryfikowanie zgodności jakościowej przeprowadzanej dostawy zgodnie z wymaganiami umowy”.

D) ZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 13 DOTYCZĄCEGO PKT 4.1 WYMAGAŃ EKSPLOATACYJNO-TECHNIC NA ZAKUP MENAŻKI ZE STALI NIERDZEWNEJ STANOWIĄCYCH ZAŁĄCZNIK NR 3 DO UMOWY (DALEJ „WET”)

Zamawiający uwzględnia zarzut Odwołującego, iż treść pkt 4.1 WET w brzmieniu „Proces nadzorowania jakości realizować w oparciu o wymagania w wymaganiach eksploatacyjno-technicznych, w tym NO-73-A200:2021 oraz klauzuli jakościowej uzgodnionej z WCNJiK” jest błędna jako sprzeczna z aktualnym brzmieniem decyzji nr 126/MON w sprawie

zapewnienia jakości sprzętu wojskowego i usług, których przedmiotem jest sprzęt wojskowy z 16 sierpnia 2019 r. (Dz.Urz. MON poz. 159, z 2021 r. poz. 280, z 2022 r. poz. 91 oraz z 2023 r. poz. 81), dalej „decyzja nr 126/MON”.

Zamawiający, po uzyskaniu zatwierdzonego dokumentu przez Szefa Szefostwa Służby Żywnościowej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, zobowiązuje się dokonać zmiany w pkt 4.1 WET wg schematu: „1) Proces nadzorowania jakości realizować w oparciu o wymagania w wymaganiach eksploatacyjno-technicznych, w tym NO-73-A200:2021 oraz klauzuli jakościowej uzgodnionej z Agencją Uzbrojenia”.

2.ZASADNOŚĆ ODDALENIA ODWOŁANIA CO DO PUNKTÓW 3, 5, 6, 8, 9,

10, 11, 12, 14, 15, 16

A) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 3 DOTYCZĄCEGO PKT 4.2 WET

W opinii Odwołującego Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1-3 PZP przez brak żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z pkt 3.16 SWZ przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy do potwierdzenia zgodności współrzędnych barw koloru zielonego zamówionych menażek na podstawie pkt 4.2 WET. Ponadto Odwołujący powołuje się na przywołane w WET Normy Obronne (dalej „NO”), które mają być przestrzegane w toku realizacji zamówienia, twierdząc, że ich spełnienie nie jest możliwe w zakresie badania barwy menażek w toku wykonywania umowy.

Niezrozumiałe dla Zamawiającego jest zarzucanie mu naruszenia art. 16 pkt 1-3 PZP w kontekście przedmiotowych środków dowodowych wobec braku uzasadnienia zarzutu, co dyskwalifikuje ten zarzut z perspektywy wymogów formalnych odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP). Należy także przypomnieć, że w myśl art. 105-106 PZP Zamawiający może (nie musi) żądać od Wykonawców przedmiotowych środków dowodowych, a w przypadku podjęcia takiej decyzji wskazuje je w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Możliwość zażądania przedmiotowych środków dowodowych jest zatem uprawnieniem Zamawiającego jako gospodarza postępowania, a nie jego obowiązkiem. Zamawiający może żądać przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Brak przedłożenia przez wykonawcę wymaganego przedmiotowego środka dowodowego prowadzi do odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP. Przepisy o przedmiotowych środkach dowodowych w żaden sposób nie wykluczają możliwości zażądania przez Zamawiającego odpowiednich dokumentów na potwierdzenie prawidłowego wykonania umowy, a zatem już na etapie realizacji zamówienia publicznego. Powyższe potwierdza przykładowo teza wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 353/23, Legalis nr 2989698, zgodnie z którym: „Żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest uprawnieniem Zamawiającego. W związku z tym również zakres informacji zawartych w żądanych środkach pozostaje w zakresie swobody Zamawiającego. Zamawiający nie jest zobligowany do żądania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie wszystkich wymagań określonych w OPZ, co więcej ustawa Pzp wskazuje, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest dopuszczalne tylko, jeśli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a żądanie takie nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powszechną praktyką na rynku jest poleganie na oświadczeniach wykonawców co do akceptacji wymagań określonych w SWZ i ich spełnieniu”.

Powyższe wprost wskazuje, że zarzut Odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie znajduje oparcia w ustawie. To Zamawiający decyduje, czy na etapie przetargu będzie oczekiwał od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych, a z braku skorzystania z tego uprawnienia Zamawiającemu nie można czynić zarzutu. Wręcz przeciwnie, brak przedmiotowych środków dowodowych sprzyja tylko wykonawcom, gdyż pozwala im ubiegać się o udzielenie zamówienia, nawet jeśli na moment składania ofert nie dysponują odpowiednimi towarami czy dokumentami.

Przywołane w pkt 4.2 WET świadectwo z badań potwierdzające zgodność współrzędnych barw winno być okazane w trakcie realizacji umowy wyznaczonemu przedstawicielowi RPW (jednostce organizacyjnej właściwej w zakresie nadzorowania jakości zgodnie z decyzją nr 126/MON, na którego Zamawiający deleguje swoje uprawnienia w zakresie kontroli jakości i który działa w imieniu Zamawiającego) jako wymóg postawiony przez Zamawiającego w zakresie odbioru świadczenia wykonawcy w ramach umowy. Odwołujący w sposób całkowicie nieuzasadniony łączy ze sobą badania z NO-73-A200:2021 i badania współrzędnych barw. Badania z NO-73-A200:2021 stanowią element zupełnie oddzielny od potwierdzenia zgodności współrzędnych barw. Ani instytucja ekspercka w postaci Szefa Szefostwa Służby Żywnościowej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych (w WET), ani Zamawiający (w SWZ, warunkach umowy) w żadnym miejscu wymienionych dokumentów nie opisuje badania wymaganej barwy farby proszkowej przez przedstawiciela RPW. Jedynym obowiązkiem Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia wymogów określonych w NO-80-A200:2021 i w

pkt 4.2 WET jest przedstawienie dokumentu wydanego przez akredytowane laboratorium, że kolor farby (powłoki malarskiej) spełnia parametry żadanego koloru w zakresie parametrów L*, a* b* AE*ab. Obowiązek przedstawienia tego dokumentu został zaś przedstawiony w sposób przejrzysty i czytelny.

B) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 5 DOTYCZĄCEGO § 3 UST. 7 UMOWY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że uprawnienie do jednostronnej zmiany miejsca dostawy jest nieproporcjonalne w rozumieniu art. 16 pkt 1-3 PZP, a także może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Należy zatem zwrócić uwagę, że dynamika działania komórek organizacyjnych SZ RP, dostępność powierzchni magazynowych i ilości przyjmowanych wyrobów (w tym żywności i sprzętu służby żywnościowej) wymuszają na Zamawiającym takie ukształtowanie postanowień umowy, w które w jak najwyższym stopniu zabezpieczą sytuację materiałową SZ RP, która ma niebagatelny wpływ na zdolności obronne kraju. Stany zapelnienia składów RBLog ulegają ciągłym zmianom, co w znaczny sposób utrudnia zaplanowanie wszystkich dostaw, a w szczególności uniemożliwia wykluczenie konieczności zmiany miejsca dostawy. Odwołujący nie uzasadnił swojego zarzutu w zakresie zagrożenia uczciwej konkurencji i w tym zakresie Zamawiający nie jest w stanie przedstawić swoich kontrargumentów. Wskazana okoliczność dyskwalifikuje ten zarzut z perspektywy wymogów formalnych odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP). Natomiast w kontekście kosztów dostawy należy wskazać, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko sprzedaż towaru, ale także jego transport (S I ust. 1 Umowy) przy zastosowaniu cen de facto ryczałtowych, na co wskazuje S 2 ust. 3 umowy. Wykonawca jest zatem zobowiązany tak skalkulować ceny, aby uwzględnić ryzyko zmiany miejsca dostawy, przy czym potencjalne miejsca dostaw są znane, podyktowane lokalizacją składów RBLog na terenie kraju i wynikają z załącznika nr 2 do umowy, przy uwzględnieniu zmian, które Zamawiający wprowadzi wskutek uwzględnienia odwołania co do zarzutu pod nr 2.

Ponadto w opinii Zamawiającego S 3 ust. 7 Umowy został skonstruowany tak, aby wykonawca z odpowiednim wyprzedzeniem został poinformowany o zmianie miejsca dostawy, tj. na nie mniej niż 15 dni przed terminem dostawy. Zapewnia to wykonawcy wystarczający margines czasowy dla zorganizowania dostawy. Z tych względów nie sposób uznać, że Zamawiający w sposób nieproporcjonalny przerzuca na wykonawcę ryzyko dodatkowych kosztów realizacji transportu, zwłaszcza że wykonawca w celu skutecznej realizacji Umowy musi być gotowy do zapewnienia transportu do wielu lokalizacji zgodnie ze zmienionym wskutek odwołania załącznikiem nr 2 do Umowy (tj. do składów w Nowogrodzie Bobrzańskim, Wałczu, Toruniu, Elblągu, Jawidzu i Warszawie).

C) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTÓW NR 6, 8 DOT. § 4 UST. 5 PKT 2 LIT. A, C, D UMOWY

Z uwagi na tożsamość brzmienia zarzutów pod pkt 6 i 8 oraz wspólną tematykę Zamawiający udzieli odpowiedzi na te zarzuty łącznie. Zdaniem Odwołującego brzmienie S 4 ust. 5 pkt 2 lit. a, c i d Umowy, które nakłada na wykonawcę obowiązek spełnienia wymagań przedstawiciela RPW dotyczących niezbędnych potrzeb ułatwiających realizację przez niego zadań, jest niejasne i zbyt ogólne, a zatem sprzeczne z art. 16 pkt 1-3 PZP. Zamawiający nie zgadza się z tym stwierdzeniem oraz podkreśla, że zakwestionowane postanowienia umowne wynikają z dokumentów normatywnych niezbędnych do zastosowania procesu nadzorowania, tj. decyzji nr 126/MON, Klauzuli Jakościowej stanowiącej załącznik nr 8 do Umowy, dalej „Klauzula Jakościowa”, sporządzonej zgodnie z tą decyzją, a także Publikacji Sojuszniczej Zapewniania Jakości AQAP 2131 wyd. C, dalej „AQAP 2131”, a w szczególności są zgodne z zapisami procedury P-01 Procedura wykonawcza zasady włączania wymagań zapewnienia jakości do umowy, o której mowa w S 14 pkt I decyzji nr 126/MON, stanowiącej załącznik nr 1 do tej decyzji, dalej „procedura P01”, a także procedury P-02 Procedura wykonawcza - zasady realizacji procesu nadzorowania jakości lub GQA, o której mowa w S 14 pkt 2 decyzji nr 126/MON, stanowiącej załącznik nr 2 do tej decyzji, dalej „procedura P-02”. Co oczywiste, Zamawiający jako jednostka podległa Ministrowi Obrony Narodowej jest zobowiązany_ do przestrzegania decyzji nr 126/MON i w tym zakresie nie przysługuje mu żadna swoboda postępowania.

Umowa w sposób wyraźny wskazuje, że wszystkie wymagania jakościowe będzie nadzorować przedstawiciel RPW w imieniu Zamawiającego (S 4 ust. 1 Umowy), a także wskazuje na szereg dokumentów opisujących przedmiot umowy oraz kształtujących system zapewnienia jakości dla tego przedmiotu umowy (np. S 1 ust.

2 Umowy, S 4 ust. 1, 2, 3 Umowy, pkt 4.4 WET, pkt 2, 3, 7 Klauzuli Jakościowej). Zakwestionowany przez Odwołującego S 4 ust. 5 pkt 2 Umowy stanowi powtórzenie pkt 4.4.1. ppkt 1 1 procedury P-01:

„4.4.1. Przykładowy zapis klauzuli jakościowej w umowach z wykonawcami krajowymi, z wykonawcą zagranicznym z kraju należącego do NATO, który implementował porozumienie standaryzacyjne STANAG 4107 lub kraju, z którym podpisano MOU, z wykonawcą zagranicznym z krajów nie należących do NATO, z którym nie podpisano MOU lub krajów należących do NATO, które nie implementowały porozumienia standaryzacyjnego STANAG 4107 może być następujący:

] 11) wykonawcy znane są zasady nadzorowania jakości przez przedstawiciela wojskowego w trakcie wykonania umowy i zobowiązuje się spełnić wymagania przedstawiciela wojskowego, wynikające z zakresu niezbędnych potrzeb, związanych z realizowanymi przez niego zadaniami”.

Zamawiający w lit. a, c i d S 4 ust. 5 pkt 2 Umowy zawarł przykładowe wyliczenie tych obowiązków, które szczegółowo są opisane m.in. w procedurze P-02 w pkt 4. Przykładowo w pkt 4.7. zawarte są szczegółowe zasady wykonywania czynności przez przedstawiciela wojskowego (tj. przedstawiciela RPW zgodnie z S 2 pkt 14 decyzji nr 126/MON) lub GQAR takie jak: weryfikacja dokumentacji technicznej, weryfikacja zgodności systemu zarządzania pomiarami, weryfikacja zapisów w karcie wykonanych operacji (podpisy i pieczęcie kontroli jakości), weryfikacja wyników prób i badań potwierdzających zgodność z wymaganiami jakościowymi, weryfikacja wyników pomiarów (protokół pomiarów, podpisy i pieczęcie kontroli jakości), weryfikacja protokołów przyjęcia-przekazania sprzętu wojskowego dostarczonego przez zamawiającego, weryfikacja programów badań i sprawozdań z badań realizowanych lub zleconych przez wykonawcę umowy. Podobne zasady nadzoru opisane są w AQAP 2131 i obowiązują one wśród członków Sojuszu. Także treść Klauzuli Jakościowej regulującej nadzór jakościowy jest uzgadniania z Szefem Agencji Uzbrojenia zgodnie z decyzją nr 126/MON, a zatem nie jest ona zależna od Zamawiającego.

W świetle powyższego należy zatem powtórzyć, że wykonawca na mocy Umowy jest zobowiązany do przestrzegania wyżej wspomnianych dokumentów współtworzących system zapewnienia jakości sprzętu wojskowego, a obowiązek ten został przez Zamawiającego ustanowiony w sposób jasny i czytelny przez bezpośrednie odesłania m.in. do decyzji nr 126/MON w S 4 ust. 2 Umowy czy pkt 4.4 WET, które jako załącznik do Umowy stanowią jej integralną część (S 12 ust. 6 Umowy). Treść odwołania sugeruje, że Odwołujący nie zapoznał się szczegółowo z dokumentami zamówienia, co jest tym bardziej zaskakujące, że Odwołujący sam określił siebie jako wieloletniego dostawcę dla SZ RP, a zatem wymogi powyższe nie powinny stanowić dla niego nowości.

D) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 9 DOT. § 4 UST. 5 PKT 4 UMOWY

Odwołujący podniósł, że S 4 ust. 5 pkt 4 Umowy, który nakłada na wykonawcę obowiązek dostarczenia do RPW kopii umów podpisanych podwykonawcami, jest niespójny z zapisem pkt 2.2 AQAP 2131, gdzie wymagane jest ich przedłożenie, co ma budzić wątpliwości co do zakresu tych obowiązków. Ta nieścisłość miałaby stanowić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 PZP. Ponadto umowy te mogą być, zdaniem Odwołującego, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a sam Zamawiający nie zażądał w SWZ wskazania podwykonawców, przy czym Odwołujący w tym zakresie nie wskazał, jaki przepis Zamawiający miał rzekomo naruszyć, co dyskwalifikuje ten zarzut z perspektywy wymogów formalnych odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP).

Zgodnie z § 12 ust. 7 Umowy w przypadku gdy postanowienia zawarte w Załącznikach pozostają w sprzeczności z zapisami niniejszej umowy, pierwszeństwo należy przyznać zapisom umowy. AQAP 2131 jest dokumentem inkorporowanym do Umowy na podstawie postanowień Klauzuli Jakościowej, która stanowi załącznik nr 8 do Umowy. Nie może zatem budzić żadnej wątpliwości, że wykonawca ma obowiązek dostarczyć do RPW kopie umów podwykonawczych, a nie tylko je „okazać/pokazać”.

Ponadto określenia „dostarczyć” oraz „przedłożyć” można uznać za synonimiczne, zwłaszcza biorąc pod uwagę cel regulacji, czyli umożliwienie kontroli postanowień umowy podwykonawczej przez RPW zgodnie z S§ 4 ust. 5 pkt 3 umowy. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca ma zapewnić, że w umowie z podwykonawcą zostaną umieszczone uzgodnione z RPW odpowiednie zapisy dotyczące zapewnienia jakości wynikające z umowy, zawierające wymagania jakościowe oraz umożliwiające przeprowadzenie procesu nadzorowania jakości u podwykonawcy, w tym prowadzenie procesu GQA w przypadku realizacji umów z podwykonawcami zagranicznymi. Zapisy § 4 ust. 5 pkt 3-4 Umowy zostały zaczerpnięte z pkt 4.4.1. ppkt 5-6 procedury P-01.

AQAP 2131 jest dokumentem przygotowanym pierwotnie w języku angielskim na potrzeby NATO, który w pkt 2.2. posługuje się terminem „provide”, a zatem „to give someone something that they need”, co na język polski można przetłumaczyć jako „dostarczać, zaopatrywać” (<https://dictionary.cambridge.org/pl/dictionary/englishpolish/provide>, dostęp: 12.03.2025 r.).

Poczynione przez Odwołującego spostrzeżenie, że Zamawiający w pkt 3.15 S WZ nie zażądał wskazania podwykonawców jest irrelevantne, ponieważ zgodnie z art. 462 ust. 2 PZP Zamawiający może (a zatem nie musi) żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Brak obowiązku przedstawienia danych podwykonawców na etapie składania oferty nie uniemożliwia postawienie takiego wymogu w Umowie, tym bardziej że Zamawiający jako jednostka podległa Ministrowi Obrony Narodowej jest zobowiązany do przestrzegania decyzji nr

126/MON i w tym zakresie nie przysługują mu żadna swoboda postępowania.

Wreszcie w celu prawidłowego wykonania umowy wykonawca powinien zagwarantować w zawieranych przez siebie umowach możliwość dalszego ich udostępniania, skoro zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia z resortu obrony narodowej, a zatem w dziedzinie uregulowanej aktami wewnętrznymi. Zakres kontroli umów podwykonawczych jest zaś szczegółowo uregulowany w Umowie oraz w dokumentach normatywnych niezbędnych do zastosowania procesu nadzorowania takich jak decyzja nr 126/MON czy AQAP 2131 i dotyczy wyłącznie kontroli jakości.

E) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 10 DOTYCZĄCEGO § 4 UST. 5 PKT 7 UMOWY

Odwołujący wskazał, że zapis zawarty w S 4 ust. 5 pkt 7 Umowy jest sprzeczny z art. 16 pkt 1-3 PZP jako nielogiczny, niebezpieczny dla wykonawcy, nieprzejrzysty, zmuszający do poświadczenia nieprawdy. Jak już wyżej wskazano, postanowienia Umowy oparte są na wiążących Zamawiającego przepisach wydanych przez Ministra Obrony Narodowej. Zakwestionowany przez Odwołującego S 4 ust. 5 pkt 7 Umowy, a także pkt 11 Klauzuli Jakościowej, stanowi powtórzenie pkt 4.4.1. ppkt 1 1 procedury P-01 :

„4.4.1. Przykładowy zapis klauzuli jakościowej w umowach z wykonawcami krajowymi, z wykonawcą zagranicznym z kraju należącego do NATO, który implementował porozumienie standaryzacyjne STANAG 4107 lub kraju, z którym podpisano MOU, z wykonawcą zagranicznym z krajów nie należących do NATO, z którym nie podpisano MOU lub krajów należących do NATO, które nie implementowały porozumienia standaryzacyjnego STANAG 4107 może być następujący:

] 11) wykonawcy znane są zasady nadzorowania jakości przez przedstawiciela wojskowego w trakcie wykonania umowy i zobowiązuje się spełnić wymagania przedstawiciela wojskowego, wynikające z zakresu niezbędnych potrzeb, związanych z realizowanymi przez niego zadaniami”.

Przywołane postanowienia Umowy i jej załączników stanowią wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w momencie zawierania Umowy, że zapoznał się on w szczególności z postanowieniami decyzji nr 126/MON i będzie się do nich stosował. Spotkanie robocze, które opisuje Odwołujący, jest elementem procedury P-02, opisanym w pkt 4.3.5.-4.3.6. Poprzez zawarcie Umowy wykonawca potwierdza swoją znajomość zasad nadzorowania jakości, w tym także wiedzę, że do tego systemu należy spotkanie organizacyjne z przedstawicielem RP W. Procedura szczegółowo opisuje cele tego spotkania, w szczególności omówienie i ustalenie szczegółowych aspektów, terminów, miejsc spotkań itp., które finalnie zostają uzgodnione przez dwie strony poprzez podpisanie notatki z ww. spotkania. Jako że ustalenia te mają charakter roboczy, niemożliwe jest ich odgórne narzucenie w Umowie. Natomiast treść Klauzuli Jakościowej jest ustalana według wzorca ustalonego przez Ministra Obrony Narodowej w decyzji nr 126/MON i podlega uzgodnieniu z Szefem Agencji Uzbrojenia. Treść odwołania sugeruje, że Odwołujący nie zapoznał się szczegółowo z dokumentami zamówienia, co jest tym bardziej zaskakujące, że Odwołujący sam określił siebie jako wieloletniego dostawcę dla SZ RP, a zatem wymogi powyższe nie powinny stanowić dla niego nowości. Kuriozalne zatem są zarzuty, że wykonawca miałby być zmuszany do poświadczenia nieprawdy.

G) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 11 DOTYCZĄCEGO § 4 UST. 12-13 UMOWY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez wprowadzenie do Umowy zapisu, że za datę przyjęcia dostawy uważa się datę wskazaną w Protokole odbioru dostawy, co miałyby tworzyć pole do nadużyć i niejasności. Zarzut ten jest nie do zaakceptowania.

Odwołujący całkowicie pomija, że procedura odbioru przyjęta w Umowie jest wieloetapowa, szczegółowo rozpisana w S 4 ust. 10 i następnych Umowy, a także w załączniku nr 4 do Umowy. Protokół odbioru dostawy zawarty w załączniku nr 5 do Umowy rozróżnia datę dokonania odbioru (przyjęcia dostawy), a zatem zakończenia czynności sprawdzających, szczegółowo opisanych w załączniku nr 4 do Umowy, od daty zrealizowania dostawy, czyli dnia, w którym towar został przywieziony do miejsca dostawy. Jest to rozwiązanie powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym i wynika z oczywistego spostrzeżenia, że czynności odbiorowe z uwagi na ilość towaru lub złożoność czynności sprawdzających mogą być rozłożone w czasie. O terminowości zrealizowania dostawy, w przypadku gdy dostawa zostanie uznana w toku czynności odbiorowych za prawidłowo zrealizowaną, decyduje data przedstawienia towaru do odbioru, a zatem dzień zaoferowania świadczenia odbiorcy przez dostawcę. Należy odróżniać dostarczenie towaru od przyjęcia (odebrania) dostawy. Wobec powyższego wykonawcy w przypadku prawidłowo zrealizowanej dostawy nie grożą kary umowne, nawet jeśli odbiór miałby zostać dokonany nawet kilka dni po dostawie.

Odwołujący zignorował zapisy załącznika nr 4 do Umowy, które stoją w zupełnej sprzeczności z jego twierdzeniami o niejasności terminu dokonania odbioru. Przykładowo pkt 4 tego załącznika reguluje przypadek przyjęcia towaru w depozyt w sytuacji, gdy z uwagi na wielkość partii towaru niemożliwe było jego sprawdzenie w dniu dostawy (S 4 ust. 15 Umowy). Okres przechowywania towaru w depozycie nie może być dłuższy niż 7 dni. W przypadku stwierdzenia przez odbiorcę

zgodności dostarczonego towaru z warunkami zamówienia odbiorca przyjmie dostawę znajdujących w depozycie wyrobów, a dostawę uznaje się za zrealizowaną w pierwotnej dacie dostarczenia partii wyrobu. Z kolei pkt 5 załącznika nr 5 nakazuje sporządzenie „Protokołu odbioru dostawy” w terminie 7 dni od dostawy.

H) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 12 DOTYCZĄCEGO § 7 UST. 6 UMOWY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez wprowadzenie do Umowy klauzuli kompensacyjnej, co miałoby być uregulowaniem niepotrzebnym i nieproporcjonalnym wobec możliwości potrącenia należności przez Zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy (S 9 ust. 3). Zarzut ten jest nie do zaakceptowania.

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), dalej „KC”, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W stosunkach cywilnoprawnych, obok potrącenia regulowanego przepisami Kodeksu cywilnego, można również dokonać potrącenia (kompensaty) umownego. Korzystając z zasady swobody umów zawartej w art. 353 1 KC, strony mogą określić zasady umarzania wzajemnych zobowiązań, przy czym panuje zgoda co do tego, że przepisy art. 498 i n. KC nie mają tu zastosowania. Umowne kompensaty mogą przybierać postać czynności jednorazowej albo też stałej, np. rozliczenia przeprowadzane w ramach rachunku bieżącego (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz Wyd. 1 1, Warszawa 2023, art. 498, Legalis).

Zawarte w Umowie postanowienie nie jest sprzeczne z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy, skoro jest powszechnie akceptowaną klauzulą umowną. Ponadto nawet ustanowienie zabezpieczenia nie odebrałoby Zamawiającemu możliwości dokonania potrącenia ustawowego z wynagrodzenia wykonawcy bez sięgnięcia po zabezpieczenie. Wreszcie ustalone w S 9 ust. 1 Umowy zabezpieczenie w wysokości 2% wartości wynagrodzenia brutto wskazanego w S 2 ust. 2 Umowy należy ocenić jako niskie, zdecydowanie poniżej limitu określonego w art. 452 ust. 2 PZP (5%) i może nie wystarczyć na pokrycie ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Klauzula potrącenia umownego równoważy zatem niższe od dopuszczonego przez PZP zabezpieczenie, tym samym interesy obu stron Umowy są należycie zabezpieczone.

1) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU NR 14 DOTYCZĄCEGO PKT 4.2 WET

Odwołujący twierdzi, że pkt 4.2. WET jest niezgodny z art. 16 pkt 1-3 PZP jako niejasny i nieprecyzyjny, bowiem nie wskazuje komu należy przedstawić dokument wydany przez laboratorium akredytowane potwierdzający zgodność współrzędnych barw koloru zielonego przez zastosowaną farbę proszkową. Z powyższą oceną nie sposób się zgodzić.

Umowa wraz ze wszystkimi załącznikami jasno wskazuje, że wszystkie wymagania jakościowe podlegają nadzorowi przez przedstawiciela RPW i to on jest podmiotem uprawnionym do otrzymania wszelkich dokumentów technicznych. Kwestia ta jest wielokrotnie wspominana w akcie umowy (np. S 4 ust. 1, S 4 ust. 3), w Klauzuli Jakościowej (pkt 3), a także wynika bezpośrednio z decyzji nr 126/MON. Dane konkretnego przedstawiciela RPW zostaną wpisane do Umowy (w tym do Klauzuli Jakościowej) w momencie jej zawierania, bowiem zgodnie z pkt 3.2.1.-3.2.2. procedury P-01 RPW jest wyznaczane przez Szefa Agencji Uzbrojenia przed zawarciem umowy z wykonawcą, w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania wniosku od zamawiającego, przy czym wniosek zamawiającego musi wpłynąć do Szefa Agencji Uzbrojenia nie później niż na 6 dni roboczych przed podpisaniem

Ponadto w przypadku niejasności, mając na uwadze obowiązek współdziałania stron przy wykonywaniu umowy (art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 354 S 2 KC), wykonawca zawsze może przedłożyć taki dokument Zamawiającemu.

J) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU 15 DOTYCZĄCEGO PKT 4.3 WET

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1-3 PZP poprzez zawarcie w pkt 4.3 WET postanowienia, że „Po uzgodnieniu arkusza analizy ryzyka oraz klauzuli jakościowej Zamawiający zwróci się do Agencji Uzbrojenia o wyznaczenie właściwego RPW do realizacji procesu nadzorowania jakości”. Postanowienie to jest zdaniem Odwołującego nieprzejrzyste, a treść arkusza analizy ryzyka (dalej „AAR”) potencjalnie może zagrażać opłacalności realizacji zamówienia. Stanowisko Odwołującego jest nie do przyjęcia i wskazuje na jego niezrozumienie (lub niechęć zrozumienia) systemu nadzorowania jakości w SZ RP.

Postanowienia WET, który sam w sobie jest dokumentem narzuconym Zamawiającemu przez instytucję ekspercką, inkorporują wymogi zawarte w decyzji nr 126/MON. AAR stanowi dokument wewnętrzny, który nie jest przekazywany

wykonawcy, o czym wprost stanowi pkt 4.3.7. procedury P-01: „Zamawiający dołącza uzgodnioną klauzulę jakościową (bez arkusza analizy ryzyka) do dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia oraz włącza jej zapisy do treści umowy”. Przygotowanie AAR stanowi obowiązek zamawiającego (S 10 ust. 1 pkt 1 decyzji nr 126/MON), w razie konieczności także instytucji eksperckiej (S 9 pkt 1 decyzji nr 126/MON). AAR stanowi podstawę do przygotowania klauzuli jakościowej (S 10 ust. 1 pkt 2 decyzji nr 126/MON), która musi być zawarta w umowie z wykonawcą. Wobec powyższego załączenie AAR (stanowiącego właściwie dokument wewnętrzny) do dokumentów zamówienia byłoby nie tylko sprzeczne z decyzją nr 126/MON, ale także zbędne, jako że wszelkie wiążące wykonawcę wymagania techniczne są zawarte w Klauzuli Jakościowej i WET, a nie w AAR.

K) NIEZASADNOŚĆ ZARZUTU POD NR 16 DOT. PKT 1 KLAUZULI JAKOŚCIOWEJ

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1-3 PZP poprzez zawarcie w pkt 1 Klauzuli Jakościowej postanowienia, że „System zarządzania jakością wykonawcy jest zgodny z PN-EN-ISO9001 :2015”, mimo że Zamawiający w SWZ nie zawarł obowiązku złożenia dokumentu, potwierdzenia czy udowodnienia, czy wykonawca faktycznie spełnia tę normę.

Niezrozumiałe dla Zamawiającego jest zarzucanie mu naruszenia art. 16 pkt 1-3 PZP w kontekście wymogu spełnienia tej normy wobec braku uzasadnienia zarzutu, co dyskwalifikuje ten zarzut z perspektywy wymogów formalnych odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art 554 ust. 1 pkt 2 PZP). Jak już wyżej wskazano, to Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do zażądania bądź nie przedmiotowych środków dowodowych. Obowiązki wykonawcy normy zarządzania jakością nie mieści się zaś w zakresie podmiotowych środków dowodowych, stąd niemożliwe jest wprowadzenie takiego kryterium w rozdziale 6 SWZ, który dotyczy podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia.

Należy również wskazać, że zakwestionowany zapis Klauzuli Jakościowej pochodzi z pkt 4.4.1. procedury P-OI : „Przykładowy zapis klauzuli jakościowej w umowach z wykonawcami krajowymi, z wykonawcą zagranicznym z kraju należącego do NATO, który implementował porozumienie standaryzacyjne STANAG 4107 lub kraju, z którym podpisano MOU, z wykonawcą zagranicznym z krajów nie należących do NATO, z którym nie podpisano MOU lub krajów należących do NATO, które nie implementowały porozumienia standaryzacyjnego STANAG 4107 może być następujący: 1) system zarządzania jakością wykonawcy jest zgodny z (należy wpisać właściwy dokument, na przykład: PN-EN ISO 9001 :2015 lub AS/EN 9100)”.

Zamawiający nie ma możliwości odstąpienia od wskazanego wymogu, ponieważ został on postawiony przez Szefa Agencji Uzbrojenia zgodnie z decyzją nr 126/MON. Ponadto Zamawiający ma prawo w umowie sformułować wymagania co do jakości oczekiwanego przez niego świadczenia otrzymanego w wykonaniu zamówienia publicznego, chyba że byłyby one sprzeczne z ustawą, co w tej sytuacji nie ma miejsca.

Podsumowując, Zamawiający uznaje wniesione odwołanie za przedwczesne, gdyż wszelkie wątpliwości Odwołującego oraz dostrzeżone przez niego błędy zostałyby przez Zamawiającego wyjaśnione lub poprawione w trybie art. 135 oraz 137 PZP, tj. w drodze wyjaśnienia treści SWZ oraz zmiany treści SWZ. Odwołujący nie skorzystał ze wskazanych możliwości.

Ponadto na uwagę zasługuje okoliczność, że Odwołujący na wstępie odwołania podniósł fakt swojej wieloletniej współpracy i realizacji dostaw tożsamego asortymentu do SZ RP. Wszelkie zamówienia publiczne obsługiwane przez Odwołującego musiały być oparte na tych samych regulacjach i wymogach, które teraz Odwołujący kwestionuje w drodze zarzutów na projektowane postanowienia umowy. Odwołujący brał udział w postępowaniu na dostawę menażek stalowych, które w 2023 r. było dwukrotnie badane przez KIO w sprawach pod sygn. akt KIO 1729/23 oraz KIO 1270/23 (jako przystępujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą).

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

W pierwszej kolejności izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane, a podjęte przez Zamawiającego czynności. Ponadto izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie dotyczy zarzutów które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego tj. zarzutów nr 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16. Izba oceniła zarzuty i żądania odwołania w kontekście przedstawionej dokumentacji dotyczącej

postępowania zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego pkt 4.2. WET, skład orzekający stwierdza, iż zamawiający nie naruszył art. 16 pkt 1-3 PZP przez brak żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z pkt 3.16 SWZ przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy do potwierdzenia zgodności współrzędnych barw koloru zielonego zamówionych menażek na podstawie pkt 4.2 WET. W myśl art. 105-106 PZP Zamawiający może, a nie musi, żądać od Wykonawców przedmiotowych środków dowodowych, a w przypadku podjęcia takiej decyzji wskazuje je w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Możliwość zażądania przedmiotowych środków dowodowych jest zatem uprawnieniem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie znajduje oparcia w ustawie.

Odnosnie do zarzutu nr 5 zwraca się uwagę, specyfika funkcjonowania zamawiającego, w tym uzasadnione potrzeby dowodzą konieczności takiego ukształtowania postanowień umowy, w które zabezpieczą sytuację materiałową SZ RP, która ma niebagatelny wpływ na zdolności obronne kraju. W kontekście kosztów dostawy należy przypomnieć, że przedmiot zamówienia obejmuje także transport co wymaga skalkulowania w kontekście także uwzględnienia odwołania co do zarzutu pod nr 2, korzystnego dla wykonawców.

Zarzuty nr 6 i 8 dotyczące § 4 ust. 5 pkt 2a umowy; Izba wskazuje na znaną stronom okoliczność nałożenia na wykonawcę obowiązku spełnienia wymagań przedstawiciela RPW dotyczących niezbędnych potrzeb ułatwiających realizację przez niego zadań. Zakwestionowane postanowienia umowne wynikają z dokumentów normatywnych niezbędnych do zastosowania procesu nadzorowania, tj. decyzji nr 126/MON, Klauzuli Jakościowej stanowiącej załącznik nr 8 do Umowy oraz pozostałej dokumentacji stosowanej w postępowaniu.

Niespornie zamawiający stanowi jednostkę podległą Ministrowi Obrony Narodowej i jest zobowiązany do przestrzegania decyzji nr 126/MON, w tym zakresie jest związany postanowieniami i nie przysługujemy swoboda postępowania. Umowa wskazuje, że wszystkie wymagania jakościowe będzie nadzorować przedstawiciel RPW w imieniu Zamawiającego (§ 4 ust. 1 Umowy), a także wskazuje na szereg dokumentów opisujących przedmiot umowy oraz kształtujących system zapewnienia jakości dla tego przedmiotu umowy.

Zakwestionowany przez Odwołującego § 4 ust. 5 pkt 2 Umowy stanowi powtórzenie pkt 4.4.1. ppkt 11 procedury P-01:/tu cytuję w odpowiedzi na odwołanie/.

Zamawiający w lit. a, c i d § 4 ust. 5 pkt 2 Umowy zawarł przykładowe wyliczenie tych obowiązków, które szczegółowo są opisane m.in. w procedurze P-02 w pkt 4. Przykładowo w pkt 4.7. zawarte są szczegółowe zasady wykonywania czynności przez przedstawiciela wojskowego (tj. przedstawiciela RPW zgodnie z § 2 pkt 14 decyzji nr 126/MON) takie jak: weryfikacja dokumentacji technicznej, weryfikacja zgodności systemu zarządzania pomiarami, weryfikacja zapisów w karcie wykonanych operacji (podpisy i pieczęcie kontroli jakości), weryfikacja wyników prób i badań potwierdzających zgodność z wymaganiami jakościowymi, weryfikacja wyników pomiarów (protokół pomiarów, podpisy i pieczęcie kontroli jakości), weryfikacja protokołów przyjęcia-przekazania sprzętu wojskowego dostarczonego przez zamawiającego, weryfikacja programów badań i sprawozdań z badań realizowanych lub zleconych przez wykonawcę umowy. Podobne zasady nadzoru opisane są w AQAP 2131 i obowiązują one wśród członków Sojuszu. Także treść Klauzuli Jakościowej regulującej nadzór jakościowy jest uzgadniania z Szefem Agencji Uzbrojenia zgodnie z decyzją nr 126/MON, a zatem nie jest ona zależna od Zamawiającego.

W świetle powyższego należy zatem powtórzyć, że wykonawca na mocy Umowy jest zobowiązany do przestrzegania wyżej wspomnianych dokumentów współtworzących system zapewnienia jakości sprzętu wojskowego, a obowiązek ten został przez Zamawiającego ustanowiony w sposób jasny i czytelny przez bezpośrednie odesłania m.in. do decyzji nr 126/MON w § 4 ust. 2 Umowy czy pkt 4.4 WET, które jako załącznik do Umowy stanowią jej integralną część (§ 12 ust. 6 Umowy). Treść odwołania sugeruje, że Odwołujący nie zapoznał się szczegółowo z dokumentami zamówienia, co jest tym bardziej zaskakujące, że Odwołujący sam określił siebie jako wieloletniego dostawcę dla SZ RP, a zatem wymogi powyższe nie powinny stanowić dla niego nowości.

W zakresie zarzutu nr dotyczącego § 4 ust. 5 pkt 4 umowy, w którym Odwołujący podniósł, że zapis nakłada na wykonawcę obowiązek dostarczenia do RPW kopii umów podpisanych podwykonawcami, jest niespójny z zapisem pkt 2.2 AQAP 2131, gdzie wymagane jest ich przedłożenie, co ma budzić wątpliwości co do zakresu tych obowiązków. Ta nieścisłość miałaby stanowić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 PZP. Ponadto umowy te mogą być, zdaniem Odwołującego, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a sam Zamawiający nie zażądał w SWZ wskazania podwykonawców, przy czym Odwołujący w tym zakresie nie wskazał, jaki przepis Zamawiający miał naruszyć. W ocenie zamawiającego ten zarzut jest wadliwy z perspektywy wymogów formalnych odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z

art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP). Zgodnie z § 12 ust. 7 Umowy w przypadku gdy postanowienia zawarte w Załącznikach pozostają w sprzeczności z zapisami niniejszej umowy, pierwszeństwo należy przyznać zapisom umowy. AQAP 2131 jest dokumentem inkorporowanym do Umowy na podstawie postanowień Klauzuli Jakościowej, która stanowi załącznik nr 8 do Umowy. Wg zamawiającego nie może zatem budzić wątpliwości, że wykonawca ma obowiązek dostarczyć do RPW kopie umów podwykonawczych, a nie tylko je „okazać/pokazać”. Skład orzekający wskazuje, że istotnie pojęcia takie, jak złożyć i przedłożyć są bliskoznaczne z określeniem dostarczyć, a nawet można je uznać za synonimiczne, zwłaszcza biorąc pod uwagę cel regulacji, czyli umożliwienie kontroli postanowień umowy podwykonawczej przez RPW zgodnie z § 4 ust. 5 pkt 3 umowy. Wydaje przy tym, że wątpliwość odwołującego wynika raczej z obawy o skuteczną ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; tę zaś wykonawca może zastrzec skutecznie niezależnie od faktu, jak przedstawił je zamawiającemu i podmiotowi działającemu w imieniu i na rzecz zamawiającego. Zgodnie z postanowieniem umowy wykonawca ma zapewnić, że w umowie z podwykonawcą zostaną umieszczone uzgodnione z RPW odpowiednie zapisy dotyczące zapewnienia jakości wynikające z umowy, zawierające wymagania jakościowe oraz umożliwiające przeprowadzenie procesu nadzorowania jakości u podwykonawcy, w tym prowadzenie procesu GQA w przypadku realizacji umów z podwykonawcami zagranicznymi. Zapisy § 4 ust. 5 pkt 3-4 Umowy zostały zaczerpnięte z pkt 4.4.1. ppkt 5-6 procedury P-01.

AQAP 2131 jest dokumentem przygotowanym pierwotnie w języku angielskim na potrzeby NATO, który w pkt 2.2. posługuje się terminem „provide”, a zatem „to give someone something that they need”, co na język polski można przetłumaczyć jako „dostarczać, zaopatrywać” (<https://dictionary.cambridge.org/pl/dictionary/englishpolish/provide>, dostęp: 12.03.2025 r.).

Podziela się argumentację zamawiającego: „Poczynione przez Odwołującego spostrzeżenie, że Zamawiający w pkt 3.15 SWZ nie zażądał wskazania podwykonawców jest irrelevantne, ponieważ zgodnie z art. 462 ust. 2 PZP Zamawiający może (a zatem nie musi) żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Brak obowiązku przedstawienia danych podwykonawców na etapie składania oferty nie uniemożliwia postawienie takiego wymogu w Umowie, tym bardziej że Zamawiający jako jednostka podległa Ministrowi Obrony Narodowej jest zobowiązany do przestrzegania decyzji nr 126/MON i w tym zakresie nie przysługuje mu żadna swoboda postępowania.

Wreszcie w celu prawidłowego wykonania umowy wykonawca powinien zagwarantować w zawieranych przez siebie umowach możliwość dalszego ich udostępniania, skoro zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia z resortu obrony narodowej, a zatem w dziedzinie uregulowanej aktami wewnętrznymi. Zakres kontroli umów podwykonawczych jest szczegółowo uregulowany w Umowie oraz w dokumentach normatywnych niezbędnych do zastosowania procesu nadzorowania i dotyczy wyłącznie kontroli jakości.”

W zakresie zarzutu 10 dotyczącego § 4 ust. 5 pkt 7 umowy

Odwołujący wskazał, że zapis zawarty w § 4 ust. 5 pkt 7 Umowy jest sprzeczny z art. 16 pkt 1-3 PZP jako nielogiczny, niebezpieczny dla wykonawcy, nieprzejrzysty, zmuszający do poświadczenia nieprawdy. Jak już wyżej wskazano, postanowienia Umowy oparte są na wiążących Zamawiającego przepisach wydanych przez Ministra Obrony Narodowej. Zakwestionowany przez Odwołującego § 4 ust. 5 pkt 7 Umowy, a także pkt 11 Klauzuli Jakościowej, stanowi powtórzenie pkt 4.4.1. ppkt 1 1 procedury P-01 :

„4.4.1. Przykładowy zapis klauzuli jakościowej w umowach z wykonawcami krajowymi, z wykonawcą zagranicznym z kraju należącego do NATO, który implementował porozumienie standaryzacyjne STANAG 4107 lub kraju, z którym podpisano MOU, z wykonawcą zagranicznym z krajów nie należących do NATO, z którym nie podpisano MOU lub krajów należących do NATO, które nie implementowały porozumienia standaryzacyjnego STANAG 4107 może być następujący:
] 11) wykonawcy znane są zasady nadzorowania jakości przez przedstawiciela wojskowego w trakcie wykonania umowy i zobowiązuje się spełnić wymagania przedstawiciela wojskowego, wynikające z zakresu niezbędnych potrzeb, związanych z realizowanymi przez niego zadaniami”.

Przywołane postanowienia Umowy i jej załączników stanowią wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w momencie zawierania Umowy, że zapoznał się on w szczególności z postanowieniami decyzji nr 126/MON i będzie się do nich stosował. Spotkanie robocze, które opisuje Odwołujący, jest elementem procedury P-02, opisanym w pkt 4.3.5.-4.3.6. Poprzez zawarcie Umowy wykonawca potwierdza swoją znajomość zasad nadzorowania jakości, w tym także wiedzę, że do tego systemu należy spotkanie organizacyjne z przedstawicielem RP W. Procedura szczegółowo opisuje cele tego spotkania, w szczególności omówienie i ustalenie szczegółowych aspektów, terminów, miejsc spotkań itp., które finalnie zostają uzgodnione przez dwie strony poprzez podpisanie notatki z ww. spotkania. Jako że ustalenia te mają charakter roboczy, niemożliwe jest ich odgórne narzucenie w Umowie. Natomiast treść Klauzuli Jakościowej jest

ustalana według wzorca ustalonego przez Ministra Obrony Narodowej w decyzji nr 126/MON i podlega uzgodnieniu z Szefem Agencji Uzbrojenia. Treść odwołania sugeruje, że Odwołujący nie zapoznał się szczegółowo z dokumentami zamówienia, co jest tym bardziej zaskakujące, że Odwołujący sam określił siebie jako wieloletniego dostawcę dla SZ RP, a zatem wymogi powyższe nie powinny stanowić dla niego nowości. Kuriozalne zatem są zarzuty, że wykonawca miałby być zmuszany do poświadczenia nieprawdy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 PZP przez wprowadzenie do Umowy zapisu, że za datę przyjęcia dostawy uważa się datę wskazaną w Protokole odbioru dostawy, co miałoby tworzyć pole do nadużyć i niejasności. Zarzut jest niezasadny.

Procedura odbioru przyjęta w Umowie została opisana w niej i załączniku nr 4 z rozróżnieniem pojęć przyjęcia i odbioru dostawy, stanowiąc czynności, co do których nie przedstawiono uzasadnionych zastrzeżeń, w tym przykładów wynikających z dotychczasowej praktyki.

Odnosnie klauzuli kompensacyjnej, stwierdzić należy, że jej kwestionowanie jest o tyle bezprzedmiotowe, że niezależnie od jej sformułowania, stosownie do przepisów kodeksu cywilnego strony w zakresie wzajemnych rozliczeń mają prawo do korzystania z instytucji potrącenia. W stosunkach cywilnoprawnych, obok potrącenia regulowanego przepisami Kodeksu cywilnego, można również dokonać potrącenia (kompensaty) umownego. Korzystając z zasady swobody umów zawartej w art. 353 1 KC, strony mogą określić zasady umarzania wzajemnych zobowiązań. Zawarte w Umowie postanowienie nie jest sprzeczne z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy, jest akceptowaną klauzulą umowną.

Umowa z załącznikami wskazuje, że wszystkie wymagania jakościowe podlegają nadzorowi przez przedstawiciela RPW i to on jest podmiotem uprawnionym do otrzymania wszelkich dokumentów technicznych. Kwestia ta jest wskazana w umowie, w Klauzuli Jakościowej i także wynika bezpośrednio z decyzji nr 126/MON.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 16 ust. 1-3 PZP przez zawarcie w pkt 4.3 WET postanowienia, że „Po uzgodnieniu arkusza analizy ryzyka oraz klauzuli jakościowej Zamawiający zwróci się do Agencji Uzbrojenia o wyznaczenie właściwego RPW do realizacji procesu nadzorowania jakości”. Postanowienie to jest zdaniem Odwołującego nieprzejrzyste, a treść arkusza analizy ryzyka (dalej „AAR”) potencjalnie może zagrażać opłacalności realizacji zamówienia. Postanowienia WET, który jest dokumentem narzuconym Zamawiającemu przez instytucję ekspercką, inkorporują wymogi zawarte w decyzji nr 126/MON. AAR stanowi dokument wewnętrzny, nie jest przekazywany wykonawcy, o czym stanowi pkt 4.3.7. procedury P-01: „Zamawiający dołącza uzgodnioną klauzulę jakościową (bez arkusza analizy ryzyka) do dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia oraz włącza jej zapisy do treści umowy”. Przygotowanie AAR stanowi obowiązek zamawiającego (na podstawie decyzji nr 126/MON), w razie konieczności także instytucji eksperckiej (tamże decyzji nr 126/MON). AAR stanowi podstawę do przygotowania klauzuli jakościowej (z decyzji nr 126/MON), która musi być zawarta w umowie z wykonawcą. Wobec powyższego załączenie AAR (stanowiącego właściwie dokument wewnętrzny) do dokumentów zamówienia byłoby nie tylko sprzeczne z decyzją nr 126/MON, ale także zbędne, jako że wszelkie wiążące wykonawcę wymagania techniczne są zawarte w Klauzuli Jakościowej i WET, udostępnionej wykonawcy, a nie w AAR.

Odnosnie postanowienia Klauzuli Jakościowej, że „System zarządzania jakością wykonawcy jest zgodny z PN-EN-ISO9001 :2015”, mimo że Zamawiający w SWZ nie zawarł obowiązku złożenia dokumentu, potwierdzenia czy udowodnienia, czy wykonawca faktycznie spełnia tę normę. Obowiązki u wykonawcy normy zarządzania jakością nie mieści się w zakresie podmiotowych środków dowodowych, stąd niemożliwe jest wprowadzenie takiego kryterium w rozdziale 6 SWZ, który dotyczy podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia.

Ponadto zakwestionowany zapis Klauzuli Jakościowej pochodzi z obowiązującej zamawiającego procedury P-01 /tu cytāt w odpowiedzi na odwołanie/.

W tak ustalonym stanie rzeczy, wobec stwierdzenia, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego orzeczono, jak w sentencji, odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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 zmianami).

Przewodniczący