Sygn. akt: KIO 2034/23

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 2 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lipca 2023 r. przez odwołującego **ITPOL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Morską w Szczecinie**, przy udziale wykonawcy **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARASNAKE A. S. z siedzibą w Kielcach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę **1612 zł 53 gr** (słownie: tysiąc sześćset dwanaście złotych pięćdziesiąt trzy grosze) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu dojazdu, a także kwotę **405 zł 17 gr** (słownie: czterysta pięć złotych siedemnaście groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu noclegu.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę**5 213 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście trzynaście złotych dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba oraz z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 2034/23

UZASADNIENIE

Politechnika Morska w Szczecinie, (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: *„Dostawa wraz z montażem symulatora ewakuacji z zatopionej kabiny helikoptera (HUET) dla Politechniki Morskiej w Szczecinie w ramach programu wieloletniego pn. Budowa Polskiego Ośrodka Szkoleniowego Ratownictwa Morskiego w Szczecinie”*, nr postępowania: BZP-AZ/262-19/23.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 maja 2023 r., nr 2023/S 089-275416.

W postępowaniu tym wykonawca ITPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej: *„Odwołujący”*) 13 lipca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że do oferty załączono prawidłowy plik JEDZ, a fakt, że zamawiający miał problem z otwarciem plików JEDZ pochodzących od różnych oferentów świadczy o problemach technicznych po stronie zamawiającego,

2)art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ogłoszenie zamówienia celem uzyskania zestawu do przeprowadzania szkoleń zgodnych z wymogami OPITO i równocześnie ukształtowanie wymaganych cech w sposób naruszający konkurencyjność, a preferujący tylko jednego producenta, pomimo, że takie ukształtowanie wymogów nie wynika z uregulowań OPITO,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt 5 ustawy Pzp przez nieodrzucenie ofert złożonych przez Zakład Usługowo-Handlowy Elwiko S. D. oraz PARASNAKE A. S. pomimo, że oferta ta nie odpowiadała wymogom zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie treningowej kabiny helikopterowej HUET spełniającej wymogi,
4. unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1a do SWZ przedmiotem zamówienia były wolnostojący żuraw przystosowany do przenoszenia osób, symulator helikoptera, tratwa lotnicza treningowa, kamizelki lotnicze i kombinezony transferowe, a wszystko spełniające wymogi OPITO, albowiem celem Zamawiającego jest prowadzenie centrum szkoleniowego w zgodzie ze standardami OPITO.

Odwołujący wyjaśnił, że załączył do oferty plik JEDZ wygenerowany przez wskazany przez Zamawiającego system informatyczny. Pomimo tego Zamawiający twierdzi, że nie mógł otworzyć pliku JEDZ. Jak wynika z analizy złożonych ofert Zamawiający miał problem z odczytaniem plików JEDZ dostarczonych również przez innych oferentów co wskazuje jednoznacznie na problemy technicznie po stronie Zamawiającego, a to zaś nie może obciążać oferenta.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając warunki zamówienia ustalił je w sposób ograniczający konkurencyjność tj. samowolnie i bezpodstawnie eliminując szereg rozwiązań. Odwołujący argumentował, że w zakresie Wolnostojącego żurawia Zamawiający wymaga, żeby żuraw ten był posadowiony na przygotowanym już fundamencie. W istocie jednak nie został przygotowany tylko fundament, ale również stalowe elementy montażowe. Wprost z treści rysunku technicznego wynika model dźwigu, który jest kompatybilny z określonym rozwiązaniem montażowym – w załączniku nr 1b do SWZ.

Odwołujący podniósł, że w zakresie symulatora helikoptera HUET Zamawiający oczekuje, że będzie on spełniał wymogi OPITO, a to między innymi, że musi mieć:

1. Minimum cztery siedzenia dla kursantów,
2. Wypychane okno dla każdego kursanta,
3. Wyjście (wypychane, na szynie albo uchylne) z działającym mechanizmem podobnym do tego używanego na helikopterach offshore.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SWZ i załącznikach określił, że symulator helikoptera HUET ma mieć między innymi:

1. Dokładnie cztery siedzenia dla kursantów,
2. Dokładnie 5 wypychanych okien,
3. Co najmniej jedno wypychane wyjścia awaryjne (drzwi).

W ocenie Odwołującego już na pierwszy rzut oka widać, że choć OPITO wymaga aby na każdego kursanta przypadało jedno okno, to Zamawiający oczekuje, aby było jedno okno „nadmiarowe". Wymóg taki nie znajduje żadnego sensu w realiach OPITO, albowiem trening HUET polega na opuszczeniu symulatora helikoptera przez okno przylegające do siedzenia kursanta.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający określa, że drzwi mają być wypychane, choć OPITO dopuszcza inne rozwiązanie. Równocześnie nie znajduje, w ocenie Odwołującego, uzasadnienia wyeliminowanie możliwości zaoferowania symulatora helikoptera HUET z drzwiami na szynie lub uchylnymi.

Odwołujący przypomniał, że stosownie do art. 99 ust. 2 ustawy Pzp: Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zdaniem Odwołującego swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający określił warunki zamówienia w taki sposób, że ograniczył reguły konkurencyjności w sposób naruszający interesy Oferentów.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający ponadto naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp i nie odrzucił dwóch ofert, które nie spełniały wymogów zamówienia, tj.:

1. Oferty złożonej przez Zakład Usługowo-Handlowy Elwiko S. D., w ramach której to oferty zaproponowano dostawę symulatora helikoptera HUET który posiadał 6 wypychanych okien (w tym 2 z tych okien stanowią część wypychanych drzwi) podczas gdy Zamawiający oczekiwał symulatora helikoptera HUET, który będzie miał 5 wypychanych okien i 1 wypychane drzwi,

2. Oferty złożonej przez PARASNAKE A. S., w ramach której Oferent nie spełnił wymogu wykazania materiałami informacyjnymi, że oferowany przez niego wolnostojący żuraw spełnia wymogi SWZ, a w tym *„Udźwig min 6 T (cały zakres pracy)”*, podczas gdy z materiału informacyjnego dostarczonego przez Oferenta wynika, że oferowany dźwig ma parametry *„Overspecification of the capacity to 10,000kg, allowing derating to 5,000kg, while the maximum weight carried (HUET and occupants) will be 2,500kg”*co oznacza, że w istocie dźwig ten ma udźwig w całym zakresie pracy 5 ton lub 2,5 tony.

Odwołujący wskazał też, że spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia, a także na niemożliwości złożenia konkurencyjnej oferty z uwagi na sztucznie zawężone wymagania.

W złożonej pismem z 31 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł w pierwszej kolejności o zwrot odwołania z uwagi na znajdujące się w jego treści braki formalne, w drugiej kolejności Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a w sytuacji nieuwzględnienia przez Izbę ww. wniosków, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARASNAKE A. S. z siedzibą w Kielcach (dalej: *„Przystępujący”*).

Izba nie uwzględniła zgłoszonych przez Zamawiającego wniosków o zwrot odwołania ani o odrzucenie odwołania. Wskazane przez Zamawiającego uchybienia formalne mają w ocenie Izby znaczenie techniczne i nie są to uchybienia, które skutkowałyby niemożnością rozpoznania odwołania. W zakresie natomiast wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że Zamawiający nie otrzymał odwołania w formie przewidzianej art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, w ocenie Izby wniosek jest niezasadny. Nie jest kwestionowane, że Zamawiający w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania otrzymał treść odwołania w postaci elektronicznej w taki sposób, że mógł się z nią zapoznać, wobec czego w ocenie Izby spełniony został cel przepisu art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie Rozdziału II, pkt 5 specyfikacji warunków zamówienia (dalej*„SWZ”*), Izba ustaliła, że Zamawiający wskazał: *„Zamawiający, na podstawie art. 106 ustawy Pzp żąda, by wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowany sprzęt odpowiada wymaganiom SWZ złożył wraz z ofertą następujące, przedmiotowe środki dowodowe:*

a)materiały informacyjne dotyczące przedmiotu zamówienia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, z których ma wynikać potwierdzenie wszystkich parametrów technicznych/wymagań wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w zakresie następujących elementów wchodzących w skład symulatora:

- wolnostojący żuraw,

- treningowa kabina helikopterowa,

- tratwa lotnicza treningowa.

Dopuszcza się złożenie materiałów w języku angielskim.

Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane świadczenia spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych."

Natomiast w pkt 9.1 SWZ, Zamawiający wskazał m.in., że:*„2) Do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w rozdziale II ust. 7 i 8 SWZ. Wykonawca składa oświadczenie w formie:*

a) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia – dalej: JEDZ.

JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert oraz stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, wskazane w rozdziale II ust. 9 pkt 2 SWZ.

3)Wykonawca składa JEDZ w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie.(…)

5) Wykonawca sporządzi oświadczenie JEDZ za pośrednictwem:

-przy wykorzystaniu systemu dostępnego poprzez stronę internetową https://espd.uzp.gov.pl/

lub

- za pośrednictwem innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzen dokumentu elektronicznego. (…) 7)

Celem ułatwienia wykonawcy sporządzenia JEDZ zamawiający przygotował formularz JEDZ (załącznik nr 4 do SWZ), w formacie pliku XML, który zamieścił na Platformie. Formularz JEDZ, wstępnie przygotowany przez zamawiającego, zawiera tylko pola wskazane przez zamawiającego. W przypadku gdy wykonawca korzysta z możliwości samodzielnego utworzenia nowego formularza JEDZ/ESPD, aktywne są wszystkie pola formularza. Należy je wypełnić w zakresie stosownym do wymagań określonych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Przy wszystkich podstawach wykluczenia domyślnie zaznaczona jest odpowiedź przecząca. Po zaznaczeniu odpowiedzi twierdzącej wykonawca ma możliwość podania szczegółów, a także opisania ewentualnych środków zaradczych podjętych w ramach tzw. samooczyszczenia. (…) b) Przedmiotowe środki dowodowe wskazane w rozdziale II ust. 5

Wymagana forma:

Wykonawcy składają materiały informacyjne dotyczące przedmiotu zamówienia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, z których ma wynikać potwierdzenie wszystkich parametrów technicznych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w zakresie oferowanych zadań w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawców zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub w innym dokumencie."

Zgodnie natomiast z Rozdziałem III, pkt 1 SWZ: *„(…) 5) Zalecenia zamawiającego:*

a)Zamawiający rekomenduje wykorzystanie formatów: .pdf .doc .xls ze szczególnym wskazaniem na .pdf

b)W celu ewentualnej kompresji danych Zamawiający rekomenduje wykorzystanie formatu: .zip.

c)Dokumenty złożone w plikach w formatach .rar .gif .bmp .numbers .pages. zostaną uznane za złożone nieskutecznie.

Formaty plików wykorzystywanych przez wykonawców powinny być zgodne z Obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych."

Jest okolicznością między stronami bezsporną, że złożony wraz z ofertą Odwołującego formularz JEDZ, został złożony w postaci pliku o formacie XML.

Zamawiający nie mógł odczytać tego pliku, wobec czego pismem z 22 czerwca 2023 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 128 usta. 1 ustawy Pzp, *„(…) do uzupełnienia oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia – dalej: JEDZ."* Zamawiający wskazał w treści wezwania, że *„Do oferty dołączyli Państwo w/w oświadczenie (JEDZ), jednakże zostało ono złożone w formacie xml którego nie może odczytać zamawiający. W związku z powyższym prosi o jego uzupełnienie."*

Odwołujący nie odpowiedział na powyższe wezwanie. Jak wynika z dowodu nr 4 do odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący odczytał ww. wezwanie dopiero 12 lipca 2023 r., podczas gdy Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie oświadczenia JEDZ do 30 czerwca 2023 r.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 3 lipca 2023 r., Zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne: *„Zamawiający odrzuca ofertę nr 1 Wykonawcy "ITPOL" Sp. z o.o. ul. Ludowa 87I-700 Szczecin NIP 9552239407 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, który stanowi – cyt: „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".*

Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w rozdziale II ust. 7 i 8 SWZ. Wykonawca składa oświadczenie w formie

Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Jednocześnie w zapisach rozdziału III ust. 1 pkt 5 SWZ zamawiający wskazał zalecane formaty składanych dokumentów.
Wykonawca załączył do oferty w/w oświadczenie (JEDZ), jednakże zostało ono złożone w formacie xml którego nie może odczytać zamawiający.
Wobec powyższego, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp Wykonawca został wezwany do uzupełnienia powyższego oświadczenia. W wyznaczonym terminie Wykonawca nie przedłożył oświadczenia, wobec powyższego oferta Wykonawcy zostaje odrzucona."
Ponadto, na podstawie załącznika nr 1a do SWZ, zawierającego opis przedmiotu zamówienia (dalej:*„OPZ"*), Izba ustaliła, że opis w zakresie wolnostojącego żurawia był następujący: *„Wolnostojący żuraw przystosowany do przenoszenia osób, spełniający wymagania OPITO w zakresie żurawi używanych do treningu HUET, z pełną obsługą zdalną, instalowany w hali basenowej na przygotowanym przez inwestora fundamencie.*
- Promień podnoszenia 4400-4600 mm od środka fundamentu
- Udźwig min 6 T (cały zakres pracy) (…)".
W zakresie treningowej kabiny helikopterowej, Zamawiający wymagał m.in.:*„Wyposażony w co najmniej 5 wypychanych okien i co najmniej jedno wypychane wyjście awaryjne (drzwi), z możliwością ponownej instalacji okien i drzwi w wodzie, zgodnymi z wymaganiami OPITO dla treningu HUET".*
Przystępujący złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w języku angielskim. Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie tłumaczenie tego przedmiotowego środka dowodowego na język polski. Wynika z jego treści, że zaoferowany przez Przystępującego żuraw jest zmodyfikowany do pracy z kabiną, a także że: „Zawyżona ładowność do 10 000 kg, umożliwiająca obniżenie wartości znamionowych do 5 000 kg, podczas gdy maksymalna przewożona masa (HUET i pasażerowie) wyniesie 2500 kg."
Wykonawca Zakład Usługowo – Handlowy ELWICO S. Dropnik w załączonych wraz z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych (złożonych w języku angielskim) wykazał, że zaoferowana przez niego kabina posiada 4 okna i 2 drzwi z oknami.
Zamawiający 3 lipca 2023 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania.
art. 16 ustawy Pzp
Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
art. 17 ustawy Pzp
1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.
art. 99 ust. 2 i 4 ustawy Pzp
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. (…)
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b), c) i pkt 5 ustawy Pzp
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) została złożona przez wykonawcę: (…)
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
c) 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; (…)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że do oferty załączono prawidłowy plik JEDZ, a fakt, że zamawiający miał problem z otwarciem plików JEDZ pochodzących od różnych oferentów świadczy o problemach technicznych po stronie zamawiającego.

Jest okolicznością bezsporną, że złożony wraz z ofertą JEDZ nie został sporządzony w jednym z rekomendowanych przez Zamawiającego w treści SWZ formatów.Wynikłe stąd trudności Zamawiającego z odczytaniem JEDZ Odwołującego, a tym samym dokonana przez Zamawiającego ocena spornego oświadczenia, stanowiły podstawę do skierowania do Odwołującego wezwania z 22 czerwca 2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z dowodu nr 4 do odpowiedzi na odwołanie wezwanie to zostało do Odwołującego przesłane za pośrednictwem platformy, na której prowadzone jest postępowanie 22 czerwca 20232 r. Jak wynika z treści wezwania, Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie JEDZ do 30 czerwca 2023 r., godz. 10.00. Z dowodu nr 4 do odpowiedzi na odwołanie wynika również, że Odwołujący odczytał to wezwanie dopiero 12 lipca 2023 r. i ta okoliczność była w ocenie Izby bezpośrednią przyczyną zaniechania uzupełnienia spornego oświadczenia.

W okolicznościach tej sprawy stwierdzić należy, że jeśli Odwołujący nie zgadzał się z wezwaniem z 22 czerwca 2023 r. (przekazanym tego samego dnia) i w jego ocenie było ono niezasadne, gdyż format złożonego wraz z ofertą JEDZ pozwala na jego odczytanie, to powinien kwestionować to wezwanie w przewidzianym do tego terminie, co nie miało miejsca. Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Następnie przypomnieć również należy, że Izba bada prawidłowość kwestionowanych przez wykonawcę czynności zamawiającego mając na uwadze okoliczności, w jakich te czynności były podejmowane i dokonując oceny, czy w świetle tych okoliczności, a także mając na uwadze stan wiedzy, jakim Zamawiający dysponował na moment ich podejmowania, są one w świetle przepisów ustawy Pzp prawidłowe.

W ocenie Izby na gruncie stanu faktycznego zaistniałego w tej sprawie, czynność Zamawiającego z 3 lipca 2023 r. polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp była prawidłowa, bowiem na wezwanie Zamawiającego z 22 czerwca 2023 r. Odwołujący zaniechał udzielenia odpowiedzi. Dodatkowo Odwołujący nie kwestionował prawidłowości samego wezwania w przewidzianym do tego terminie. Podkreślenia wymaga, że z treści wezwania z 22 czerwca 2023 r. wynikały okoliczności faktyczne, które legły u podstaw tego wezwania zatem możliwe było jego kwestionowanie w drodze odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez ogłoszenie zamówienia celem uzyskania zestawu do przeprowadzania szkoleń zgodnych z wymogami OPITO i równocześnie ukształtowanie wymaganych cech w sposób naruszający konkurencyjność, a preferujący tylko jednego producenta, pomimo, że takie ukształtowanie wymogów nie wynika z uregulowań OPITO

Zarzut podlega oddaleniu jako spóźniony. Zarzut dotyczy postanowień odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, tj. do treści SWZ. Zgodnie natomiast z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wobec m.in. treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Natomiast przedmiotowe postępowanie o zamówienie, które dotyczy to postępowanie odwoławcze jest na etapie rozstrzygnięcia, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej i dorzucenia ofert, które takiemu odrzuceniu podlegają, zatem nie jest to etap na którym możliwe jest formułowanie zarzutów dotyczących OPZ.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt 5 ustawy Pzp przez nieodrzucenie ofert złożonych przez Zakład Usługowo-Handlowy Elwiko S. D. oraz PARASNAKE A. S. pomimo, że oferta ta nie odpowiadała wymogom zamówienia

W zakresie w jakim zarzut odnosi się do oferty Przystępującego zarzut podlega oddaleniu. Izba uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Sporny wymóg brzmi:*„Udźwig min. 6 T (cały zakres pracy)”.* Słusznie więc podnosi Zamawiający, że nie sposób wywodzić, aby wymóg ten dotyczył udźwigu wraz z pasażerami. Ma to jednak drugorzędne znaczenie dla rozpoznania tego zarzutu ponieważ w pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 548 ustawy Pzp rozprawa odbywa się w języku polskim. Oznacza to, że odwołanie, w tym zarzuty, również musi być sporządzone w tym języku. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że o oddaleniu tego zakresu odwołania przesądziła treść zarzutu. Jak Izba ustaliła na podstawie treści SWZ, Zamawiający dopuścił składanie dokumentów przedmiotowych w języku angielskim, nie wymagając przy tym ich tłumaczenia. W treści uzasadnienia zarzut w zakresie w jakim odnosi się do oferty Przystępującego Odwołujący wskazał jedynie, że:*„Oferent nie spełnił wymogu wykazania materiałami informacyjnymi, że oferowany przez niego wolnostojący żuraw spełnia wymogi SWZ, a w tym „Udźwig min 6 T (cały zakres pracy)”, podczas gdy z materiału informacyjnego dostarczonego przez Oferenta wynika, że oferowany dźwig ma parametry „Overspecification of the capacity to 10,000kg, allowing derating to 5,000kg, while the maximum weight carried (HUET and occupants) will be 2,500kg” co oznacza, że w istocie dźwig ten ma udźwig w całym zakresie pracy 5 ton*

lub 2,5 tony." Odwołujący zatem nie przedstawił pełnego tłumaczenia skarżonego fragmentu, z którego wywodzi niezgodność treści oferty z treścią SWZ lecz ograniczył się jedynie do przedstawienia własnych wniosków. Taka konstrukcja zarzutu jest w ocenie Izby wadliwa z uwagi na treść art. 548 ustawy Pzp, co przesądziło o jego oddaleniu. Ponadto tak skonstruowany zarzut jest również lakoniczny, co potwierdza stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego podczas rozprawy, gdzie w ocenie Izby została zaprezentowana szersza argumentacja niż ma to miejsce w treści odwołania, a to z kolei powoduje, że stanowisko z rozprawy musiało zostać przez Izbę pominięte, jako wykraczające poza treść odwołania. Tłumaczenie spornego przedmiotowego środka dowodowego zostało przedstawione przez Zamawiającego, jednak przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 534 ustawy Pzp to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania zasadności podnoszonych w treści odwołania zarzutów. Natomiast z tłumaczenia załączonego do odpowiedzi na odwołanie, a także z podniesionej przez Zamawiającego okoliczności, co do sposobu podania spornego parametru przez Odwołującego, wynika w ocenie Izby, że zarzut nie jest zasadny.

Podobnie sytuacja wygląda w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Elwiko. Odwołujący również tutaj nie przedstawił tłumaczenia przedmiotowych środków dowodowych, z których wywodzi niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią dokumentów zamówienia. Treść zarzutu wobec oferty Elwiko również ogranicza się jedynie do przedstawienia oceny własnego (wniosków) Odwołującego. Zarzut również jest lakoniczny. Oceniając same tylko twierdzenia Odwołującego w treści odwołania stwierdzić należy, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie ponieważ skoro – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, wykonawca Elwiko zaoferował 6 wypychanych okiem w tym 2 z tych wypychanych okien stanowią część wypychanych drzwi, a Zamawiający oczekiwał symulatora który będzie miał 5 wypychanych okien i 1 wypychane drzwi, to przedmiot oferty Elwiko spełnia wymagania SWZ, gdyż jak wskazał Zamawiający w treści dokumentów zamówienia nie zostało określone położenie okien.

W zakresie dowodów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego Izba uznaje ich znikomą przydatność dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ kluczowa w okolicznościach tej sprawy jest po pierwsze treść zarzutu, co zostało wcześniej wyjaśnione, a ponadto stan wiedzy Zamawiającego będący podstawą oceny ofert, którym Zamawiający dysponował na moment jej dokonania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z §pkt 1) i pkt 2 lit a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…