

WYROK
z dnia 23 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 23 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Enviromental Tectonics Corporation County Line Industrial PK, 18-966 Southampton, 125 Janmes Way** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej, 01-755 Warszawa, ul. Krasińskiego 54** protestu /protestów* z dnia 30 czerwca 2008 r.

przy udziale **AMST-SYSTEMTECHNIK GmbH, Lamprechtshausener Str. 5282 Branau Am Inn-Ranshofen** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża **Enviromental Tectonics Corporation County Line Industrial PK, 18-966 Southampton, 125 Janmes Way** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Enviromental Tectonics Corporation County Line Industrial PK, 18-966 Southampton, 125 Janmes Way,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Enviromental Tectonics Corporation County Line Industrial PK, 18-966 Southampton, 125 Janmes Way.**

Uzasadnienie

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę, montaż i uruchomienie wirówki przeciążeniowej - symulatora szkoleniowego, znak sprawy: 10/ZP/08, zostało wszczęte przez Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej, ul. Krasińskiego 54, 01-755 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 46-063829 w dniu 06.03.2008 r.

W postępowaniu złożono 2 oferty wstępne, w dniu 23.06.2008 r. Zamawiający odrzucił ofertę wstępną z dnia 06.06.2008 r. (informacja przesłana faxem 23.06.2008 r.), którą złożyła firma: Enviromental Tectonics Corporation (ETC), County Line Industrial PK, 125 Janmes Way, Southampton, PA 18966, USA zwana dalej: „ETC” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” informując o powyższym uczestników postępowania. Zamawiający odrzucił przedmiotową ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”, jako ofertę, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Stwierdził, iż oferta jest niezgodna z zapisem pkt XII ppkt 14 SIWZ zgodnie, z którym: „Oferta musi być napisana w języku polskim, na maszynie do pisania, komputerze lub nieścieralnym atramentem oraz podpisana (wszystkie jej zapisane strony) przez Wykonawcę klub jego upoważnionego przedstawiciela” oraz ppkt 18 SIWZ, gdzie zapisano, iż: „ W przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik, do oferty musi być załączone pełnomocnictwo, podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy, określające jego zakres. W przypadku nie przedstawienia wyżej wymienionego pełnomocnictwa oferta zostanie odrzucona z przyczyn formalnych”.

W dniu 30.06.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp firma ETC złożyła protest na czynność odrzucenia swojej oferty z dnia 06.06.2008 r.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 Pzp poprzez brak sprecyzowania przez Zamawiającego na czym polegały uchybienia oferty wstępnej ETC skutkujące koniecznością jej odrzucenia;
2. naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty wstępnej ETC, pomimo że nie jest ona sprzeczna z treścią SIWZ,

Wnosząc o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty ETC;
- 2) zaproszenie ETC do negocjacji w trybie art. 58 ust.1 Pzp.

względnienie o:

- 3) unieważnienie postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, w związku z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 10.09.1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (ustawa offsetowa) oraz art. 55 ust. 1 Pzp.

Wykazując, interes prawny ETC do wniesienia przedmiotowego protestu Protestujący stwierdził, że bezpodstawne odrzucenie oferty wstępnej ETC przez Zamawiającego uniemożliwia jego dalszy udział w kolejnych etapach przedmiotowego postępowania przetargowego, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia publicznego.

Wskazał, że czynność Zamawiającego jest wadliwą z uwagi na brak precyzyjnego wskazania na czym dokładnie polegały uchybienia oferty ETC, które Zamawiający uznał za podstawę do jej odrzucenia. Powyższe stanowi naruszenie art. 7 Pzp, bowiem utrudnia ETC możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Podkreślił, że zgodnie z powołanym przepisem, wskazanym jako podstawa prawna tej czynności Zamawiającego: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, stwierdzając, iż zgodnie z doktryną oraz

orzecznictwie: „niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji” (wyrok KIO z dnia 11.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP/1400/07). Nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę. W konsekwencji, zdaniem Protestującego, uznać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może stanowić podstawę odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 09.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-210/07). Tymczasem, jak podkreślił, powołane przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty wymogi zapisy SIWZ (pkt XII ppkt 14 oraz 18) odnoszą się do wymogów co do formy oferty wstępnej. Brak jest natomiast podstaw do uznania, że oferta ETC nie spełnia wymogów merytorycznych zawartych w SIWZ.

Odnosząc się do przesłanek unieważnienia postępowania powołał się przede wszystkim na:

Po pierwsze, brak spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem. Wskazał, iż szczególny tryb negocjacji z ogłoszeniem może być zastosowany wyłącznie w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 55 ust. 1 Pzp. Zgodnie z którym, Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 5) wartość zamówienia jest niniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy.

W ocenie Protestującego, w przedmiotowej sprawie nie są spełnione przesłanki określone w powołanych wyżej punktach 2 oraz 3 art. 55 ust. 1 Pzp bowiem wirówki przeciążeniowe są towarem oferowanym na rynku przez kilka firm, istnieje możliwość ich wyceny i brak podstaw do uznania, że nie jest możliwe określenie z góry szczegółowych cech zamawianych usług w rozumieniu art. 55 ust. 1 Pzp. Podkreślił również, że art. 55 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy wyłącznie robót budowlanych, a więc także nie może być podstawą

4

zastosowania przyjętego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Wobec braku innych przepisów szczególnych zezwalających na zastosowanie tego trybu prowadzenie postępowania, jego zdaniem, w przyjęty sposób oznacza jego wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a w konsekwencji zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Po drugie, błędna kwalifikacja przedmiotu zamówienia i naruszenie ustaw dotyczących obrotu uzbrojeniem. Protestujący wskazał, że przedmiot zamówienia określony w SIWZ, tj. wirówka przeciążeniowa - symulator szkoleniowy, znajduje się w wykazie uzbrojenia i sprzętu wojskowego określonego w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 13.12.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia i sprzętu wojskowego, którego zakup objęty jest obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej (pkt 14 załącznika do w/w rozporządzenia). Z dokumentacji przetargowej, w szczególności z Załącznika nr 2 do SIWZ (punkty od 53 do 61) wynika jednoznacznie, że wirówka-symulator będzie wykorzystywany do szkolenia i treningu pilotów samolotów F-16 C/D i MiG-29 w zakresie zastosowania bojowego, w tym użycia uzbrojenia wyposażenia i uzbrojenia pokładowego.

Konsekwencją powyższego, zdaniem Protestującego jest obowiązek stosowania przepisów ustawy z dnia 10.09.1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Ustawa Offsetowa), która nakłada na Zamawiającego pewne obowiązki już na etapie postępowania przetargowego na dostawę sprzętu objętego tą ustawą. Wskazał w szczególności na przepis art. 8 ust. 3 tej ustawy, zgodnie z którym założenia do oferty offsetowej stanowią element warunków postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego.

Podkreślił także, że przedmiotowy sprzęt objęty jest również rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 29.10.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, wydanego na podstawie ustawy o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Powyższe oznacza, zdaniem Protestującego, że obrót tego rodzaju sprzętem wymaga uzyskania stosownego zezwolenia, które winno być wymagane od uczestników postępowania przetargowego.

W przedmiotowym postępowaniu, jak wskazał Protestujący, z uwagi na błędną kwalifikację przedmiotu zamówienia, przepisy Ustawy Offsetowej i innych przepisów szczególnych dotyczących obrotu uzbrojeniem wojskowym nie zostały w ogóle uwzględnione, co powoduje iż postępowanie to obciążone jest wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy, a tym samym istnieją przesłanki do jego unieważnienia przez Zamawiającego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

5

W dniu 30.06.2008 r. Zamawiający faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 03.07.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: AMST - SYSTEMTECHNIK GmbH z siedzibą Lamprechtshausener Str., 5282 Braunau am Inn – Ranshofen, Austria zwany dalej: „AMST” albo „Przystępującym” w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu, jako bezzasadnego.

Stwierdził, iż odrzucenie oferty wstępnej Protestującego jest całkowicie prawidłowe. Zamawiający w sposób jednoznaczny zapisał w SIWZ, iż oferta musi być złożona w języku polskim i podpisana przez osoby upoważnione, wraz z załączonym odpowiednim pełnomocnictwem. Oferta złożona przez Protestującego została złożona w języku polskim, ale nie została podpisana przez osoby upoważnione do podpisania oferty. Taka oferta, jego zdaniem, zatem podlega obligatoryjnemu odrzuceniu.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, co do możliwości wystąpienia wad w przedmiotowym postępowaniu, uznał je za całkowicie bezzasadne na tym etapie postępowania, i jako nie mające żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości oferty złożonej przez Protestującego i oceny czynności odrzucenia tej oferty dokonanej przez Zamawiającego. Czynność ta została dokonana prawidłowo a dodatkowe zarzuty podnoszone przez Protestującego, odnoszące się do niewłaściwego trybu postępowania oraz niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za próbę dążenia do unieważnienia postępowania celem uniemożliwienia dalszego prowadzenia postępowania z udziałem już tylko Przystępującego.

Podniósł także, iż złożył prawidłową ofertę wstępną i powinien zostać zaproszony do negocjacji. Jednocześnie Protestujący nie złożył prawidłowej oferty wstępnej a zatem nie może zostać zaproszony do negocjacji. Brak oddalenia protestu zmusiłby Przystępującego do dalszego konkurowania z firmą, której oferta podlega odrzuceniu, co naruszałoby fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tymczasem Przystępujący ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu, które nie może być obarczone wadą naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Wykazując interes prawny stwierdził, iż polega na tym, iż w przypadku uznania protestu za bezzasadny i jego oddalenia, Przystępujący może uzyskać zamówienie publiczne, o którego udzielenie toczy się postępowanie.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 04.07.2008 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający podniósł, że w swoim zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wskazał, iż oferta podlega odrzuceniu z powodu nie spełnienia wymogu pkt XII ppkt 14 i 18 SIWZ, tj. poprzez jej nie sporządzenie w języku polskim przez Wykonawcę lub jej pełnomocnika. Dodatkowo w SIWZ wyraźnie wskazał, iż w przypadku, jeśli Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik należy bezwzględnie dołączyć stosowne pełnomocnictwo podpisane przez Wykonawcę, które w sposób jednoznaczny i nie pozostawiający wątpliwości wskaże zakres umocowania. Trudno jest wobec powyższego, jak stwierdził Zamawiający, przyznać rację Protestującemu, jakoby nie zostało precyzyjnie określone przez Zamawiającego na czym polegało uchybienie oferenta. Jedną z podstawowych zasad Pzp stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadza się w języku polskim, Oznacza to, że wszystkie czynności, oświadczenia i dokumenty składane w trakcie postępowania powinny być wyrażone w języku polskim. To samo dotyczy najistotniejszego z punktu widzenia rozstrzygnięcia postępowania oświadczenia składanego przez Wykonawcę, czyli oferty. Złożenie oferty w innym języku skutkuje zastosowaniem przez Zamawiającego obligatoryjnej sankcji w postaci jej odrzucenia z uwagi na niezgodność z Pzp. Jedynie w art. 9 ust. 3 Pzp stanowi, iż w ściśle określonych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie oferty w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym, z zastrzeżeniem, że zamawiający musi na to wyrazić zgodę a ponadto powinna ona być sformułowana tylko w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Podkreślenia wymaga fakt, że zgoda musi być wyraźnie wyartykułowana w SIWZ i nie może być domniemana. Zamawiający wyraźnie

określił w pkt XII ppkt 14, iż oferta musi być sporządzona jedynie w języku polskim. Zgodnie z pkt XII ppkt 26 SIWZ oferta, której treść nie będzie odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto Zamawiający zauważa, iż Zespół Arbitrów w wyrokach z dnia 21.09.2004 r. oraz 28.03.2007 r. (odpowiednio sygn. akt: UZP/ZO/O-1515/04 oraz UZP/ZO/O-314/07) stwierdził, iż wszelkie załączniki jakie wykonawca załącza do oferty stają się jej integralną częścią i również do nich stosuje się wymogi takie jak dla oferty. Przedstawienie, zatem załączników wystawionych w języku angielskim, bez dołączenia ich tłumaczenia narusza art. 9 ust 2 Pzp, a tłumaczenie treści dokumentu z języka obcego nie jest prawidłowo poświadczane, jeżeli tłumaczenia nie dokonała osoba uprawniona do sporządzania i poświadczania tłumaczeń z języka obcego na język polski.

Odnosząc się do zarzutów, co do wystąpienia wad w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający stwierdził, iż są całkowicie bezzasadne na tym etapie postępowania i nie mają żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości ofert złożonych przez Protestującego i oceny czynności odrzucenia tej oferty dokonanej przez Zamawiającego. Niezależnie od

7

powyższego zauważył, iż przedmiot zamówienia nie spełnia warunku określonego w art. 1 ust. 1 ustawy offsetowej polegającego na tym, że uzbrojenie lub sprzęt wojskowy wyprodukowany lub wytworzony poza terytorium RP powinien być dostarczany na potrzeby obronności lub bezpieczeństwa państwa. Pomimo, że przedmiot jest ujęty w: „Wykazie uzbrojenia i sprzętu wojskowego” stanowiącym załącznik nr 1 do wytycznych Ministra Obrony Narodowej w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy, stanowiących załącznik do decyzji nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26.07.2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy - nie został on zakwalifikowany w „Planie modernizacji technicznej SZ RP w latach 2008-2009”, co stanowiłoby warunek odstąpienia od stosowania Pzp.

Do przedmiotowego postępowania ma zastosowanie tryb negocjacji z ogłoszeniem ze względu na oryginalność przewidywanej technologii oraz unikatowość efektu mającego być wynikiem dostawy. Ponadto wybór trybu jest zgodny z Wytycznymi Komitetu Europejskiego z dnia 17 listopada 2006 r. dotyczącymi przesłanek stosowania poszczególnych trybów zamówienia przez postępowania, gdyż przeprowadzane zamawiającego ma charakter szczególny i nie ma możliwości dokładnego opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania jego wartości.

W dniu 09.07.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty wstępnej ETC, pomimo że nie jest ona sprzeczna z treścią SIWZ.

Wnosząc o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty ETC;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności w postaci zaproszenia ETC do negocjacji w trybie art. 58 ust. 1 Pzp.
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz ETC zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Jednocześnie wskazując na okoliczności, które mogą stanowić podstawę do unieważnienia postępowania w trybie art. 191 ust. 3 w związku z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp z uwagi na rażące naruszenie przepisów prawa w toku przygotowania i przeprowadzenia przedmiotowego postępowania przetargowego, które to naruszenia mają wpływ na ważność umowy zawieranej w tym przetargu, a mianowicie:

8

- naruszenie art. 10 ust. 2 Pzp w związku z art. 55 ust. 1 Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia - negocjacji z ogłoszeniem pomimo braku spełnienia przesłanek do zastosowania tego trybu określonych w art. 55 ust. 1 Pzp,
- naruszenie art. 8 ust. 3 i 8 oraz innych przepisów ustawy z dnia 10.09.1999 r.

o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Ustawa Offsetowa) poprzez nieuwzględnienie w warunkach postępowania przetargowego na dostawę sprzętu wymienionego w przepisach wykonawczych do tej ustawy - rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 13.12.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia i sprzętu wojskowego, którego zakup objęty jest obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej - obowiązków w zakresie zobowiązań offsetowych podmiotów uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Odnosząc się do odrzucenia oferty wstępnej ETC przez Zamawiającego Odwołujący stwierdził, iż jak wynika z treści rozstrzygnięcia protestu Zamawiający odrzucił ofertę wstępną ETC, bowiem uznał, że nie została ona złożona w języku polskim. Tymczasem oferta wstępna została złożona zarówno w języku polskim, jak i angielskim a wątpliwości może budzić ewentualnie wykazanie umocowania osoby podpisującej polską wersję oferty wstępnej do reprezentowania ETC w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może stanowić podstawę odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tymczasem powołane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty wstępnej ETC odnoszą się do formy oferty wstępnej, a tym samym powołany przez Zamawiającego przepis nie może mieć zastosowania. Brak jest bowiem podstaw do uznania, że oferta ETC nie spełnia wymogów merytorycznych zawartych w SIWZ.

Odnosząc się do przesłanek unieważnienia postępowania Odwołujący powołał się przede wszystkim na:

Po pierwsze, brak spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji z cytując protestu oraz ogłoszeniem. Odwołujący rozstrzygnięcie Zamawiającego argumentuje, iż tryb negocjacji z ogłoszeniem został zastosowany z uwagi na „oryginalność przewidywanej technologii oraz unikatowość efektu mającego być wynikiem dostawy”, a także ze względu na szczególny charakter zamówienia powodujący, że „nie ma możliwości dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia i oszacowania jego wartości”, wskazał, iż Zamawiający za podstawę zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem przyjął przepisy art. 55 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, zgodnie z którymi udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest możliwe w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny (art. 55 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz gdy nie można z góry określić szczegółowych cech

9

zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego (art. 55 ust. 1 pkt 2).

Odwołujący, stwierdził, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego w przedmiotowym przypadku wskazane wyżej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie zachodzą.

Wskazał, że urządzenia będące przedmiotem zamówienia są od wielu lat oferowane na rynkach światowych przez co najmniej trzy firmy - dwie amerykańskie (Wyle i ETC) oraz jedną europejską (AMST). Przetargi o zbliżonym zakresie przeprowadzane są regularnie na rynku światowym, czy europejskim. Zamawiający sam - jako członek konsorcjum wspólnie z ETC - brał udział w przygotowaniach do przetargu na dostawę tego typu wirówek dla greckich sił zbrojnych. W konsekwencji Zamawiający znał zarówno parametry techniczne, jak i ceny tego rodzaju urządzeń w Europie i na świecie. Wskazał również, że Zamawiający ma wieloletnie doświadczenie w eksploatacji tego rodzaju urządzeń bowiem aktualnie posiada już wirówkę przeciążeniową i prowadzi na niej trening pilotów. Co więcej w ostatnich latach Zamawiający dokonał modernizacji posiadanej przez siebie wirówki tak aby umożliwiała ona trening w zakresie wykonywania określonych elementów misji bojowych.

Z uwagi na powyższe, argumentację o braku możliwości określenia szczegółowych cech przedmiotu zamówienia, czy też braku możliwości dokonania jego wyceny uznaje za całkowicie nietrafną. Tezie przyjętej przez Zamawiającego przeczy, według Odwołującego już sam fakt precyzyjnego sformułowanej przez Zamawiającego SIWZ w zakresie określenia przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający przed zorganizowaniem przetargu zwrócił się, m.in. do ETC z zapytaniem o parametry techniczne wirówki i uzyskał wstępną specyfikację techniczną, która pozwoliła mu m.in. na opisanie przedmiotu zamówienia

w SIWZ. Zamawiający miał również możliwość wyceny tego rodzaju sprzętu w innych krajach, bowiem postępowania przetargowe w innych krajach są jawne a ponadto istniała możliwość zwrócenia się z odpowiednim zapytaniem do znanych Zamawiającemu producentów tego rodzaju sprzętu.

W konsekwencji, wobec braku spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, przedmiotowe postępowanie obarczone jest, zdaniem Odwołującego, wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a tym samym zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Po drugie, błędna kwalifikacja przedmiotu zamówienia i naruszenie ustaw dotyczących obrotu uzbrojeniem. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu wskazał, że Zamawiający powołał się na okoliczność tego rodzaju, iż przedmiot zamówienia nie spełnia wymogów określonych w art. 1 ust. 1 Ustawy Offsetowej powołując się na wewnętrzne przepisy Ministerstwa Obrony Narodowej (decyzja MON nr 291 z dnia 26 lipca 2006 r., czy

10

też Plan modernizacji technicznej Sił Zbrojnych RP na lata 2008-2009). Niezależnie od treści powołanych wyżej dokumentów Odwołujący wskazał, że nie są te przepisy powszechnie obowiązujące i nie są one wiążące dla uczestników postępowania przetargowego. Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego ETC, nie postuluje także wyłączenia stosowania Pzp, a jedynie uwzględnienie w warunkach przetargowych ograniczeń i odrębności wynikających z przepisów szczególnych dotyczących obrotu uzbrojeniem wojskowym.

Odwołujący podtrzymał także, argumentację zawartą w proteście, że przedmiot zamówienia określony w SIWZ, tj. wirówka przeciążeniowa - symulator szkoleniowy, znajduje się w wykazie uzbrojenia i sprzętu wojskowego określonego w przepisach wykonawczych do Ustawy Offsetowej, tj. rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 13.12.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia i sprzętu wojskowego, którego zakup objęty jest obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej. Z Załącznika nr 2 do SIWZ (punkty od 53 do 61) wynika jednoznacznie, że wirówka przeciążeniowa - symulator szkoleniowy wykorzystywana będzie wyłącznie w celach wojskowych, w szczególności do treningu pilotów samolotów F-16C/D i MiG-29 w zakresie wykonywania misji bojowych z wykorzystaniem systemów pokładowych i uzbrojenia. Konsekwencją powyższego jest, jego zdaniem, obowiązek stosowania przepisów Ustawy Offsetowej, która nakłada na Zamawiającego pewne obowiązki już na etapie przygotowania postępowania przetargowego na dostawę sprzętu objętego tą ustawą. Wskazać należy w szczególności na przepis art. 8 ust. 3 tej ustawy, zgodnie z którym założenia do oferty offsetowej stanowią element warunków postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego. Zgodnie natomiast z art. 8 ust. 8 tej ustawy: „Zamawiający dokonuje wyboru oferty na dostawę, uwzględniając, jako jedno z kryteriów oceny ofert, ocenę oferty offsetowej.

Podkreślił także, że przedmiotowy sprzęt objęty jest również rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 29.10.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, wydanego na podstawie ustawy o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Powyższe oznacza, że obrót tego rodzaju sprzętem wymaga uzyskania stosownego zezwolenia, które winno być wymagane od uczestników postępowania przetargowego.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Odwołującego, z uwagi na błędną kwalifikację przedmiotu zamówienia przepisy Ustawy Offsetowej i innych przepisów szczególnych dotyczących obrotu uzbrojeniem wojskowym nie zostały w ogóle uwzględnione, co powoduje iż postępowanie to obarczone jest wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy, a tym samym istnieją przesłanki do jego unieważnienia w trybie art. 191 ust.3, w związku z 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

11

W dniu 10.07.2008 r. Zamawiający przesłał faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 17.07.2008 r. (wpływ bezpośredni) AMST po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz odrzucenia odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

Przystępujący stwierdza, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp i postanowieniami SIWZ jest prowadzone w języku polskim, a zatem wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty wstępne powinny być złożone również w języku polskim. Odwołujący złożył ofertę w języku angielskim. Do oferty załączył jej tłumaczenie na język polski. Formularz oferty w języku polskim nie został jednak, zdaniem Przystępującego, podpisany przez osobę prawidłowo umocowaną. Na formularzu oferty widnieje jedynie podpis pani Anny B. umocowanej - zgodnie z pełnomocnictwem załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - do potwierdzania zgodności tłumaczeń na język polski dokumentów ETC z oryginałem. Zgodnie z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy kodeks cywilny, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa nie reguluje pojęcia pełnomocnictwa i oferty, dlatego do jednostronnej czynności, jaką jest złożenie oferty przez panią Annę B. w imieniu Odwołującego, będzie miał zastosowanie art. 104 kc. Na podstawie tego przepisu jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Bezspornym zatem jest, iż czynność ta jest nieważna. Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę wstępną Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów.

Przystępujący podniósł, iż jeśli Izba nie podzieli poglądu przedstawionego powyżej, to należy wskazać również na to, iż zgodnie z art. 82 ust. 2 Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo, za zgodą Zamawiającego, w postaci elektronicznej. Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wstępnych w formie elektronicznej. A zatem zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 Pzp oferta powinna być złożona w formie pisemnej w języku polskim. Na podstawie art. 78 kc w zw. z art. 14 ustawy do zachowania pisemnej formy czynności prawnej niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, czyli w tym przypadku na formularzu oferty wstępane w języku polskim. Na złożonym przez Odwołującego formularzu nie ma podpisu osoby prawidłowo umocowanej, a podpis pani Anny B. na formularzu oferty w języku polskim został

12

złożony jedynie w celu potwierdzenia zgodności tłumaczenia oferty na język polski, co potwierdzają słowa umieszczone powyżej podpisu: „Za zgodność z oryginałem”. W takim przypadku należy przyjąć, zdaniem Przystępującego, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Odnosząc się do podając podstawę prawną odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego, Przystępujący podniósł, iż Zamawiający powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, kierując się zapewne tym, iż szczegółowe wymogi dot. pełnomocnictwa do podpisania oferty zamieścił w SIWZ. Bez względu jednak na błędne wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty, postępowanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego było prawidłowe. Zamawiający nie mógł wezwać Protestującego do uzupełnienia dokumentów (załączenia stosownego pełnomocnictwa) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem na tej podstawie można wezwać wykonawcę jedynie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Przystępujący stwierdził, iż ewentualne uwzględnienie wniosku Odwołującego w zakresie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, skutkowało by jedynie tym, iż Zamawiający musiałby następnie odrzucić przedmiotową ofertę jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8), ewentualnie jako niezgodną z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1), co wydłużyło by postępowanie o udzielenie zamówienia, a skutek prawny byłby taki sam.

Przystępujący wniósł, także o odrzucenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów, jako wniesionych po terminie. Dotyczą one bowiem treści ogłoszenia o zamówieniu, a termin przewidziany w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp na wniesienie protestu na treść ogłoszenia minął.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty i wniosku Odwołującego, jak i wniosku i oferty Przystępującego, przedłożonymi przez Zamawiającego dowodami na rozprawie i po wysłuchaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

13

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Odwołujący złożył ofertę wstępną, której odrzucenie przez Zamawiającego uniemożliwia jego dalszy udział w kolejnych etapach przedmiotowego postępowania m.in. wobec braku zaproszenia Odwołującego, w negocjacjach prowadzonych w trybie art. 58 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia publicznego. Wobec powyższego brak interesu prawnego w odniesieniu do zarzutów, które Izba z mocy art. 191 ust. 3 zd.2 Pzp bierze pod uwagę z urzędu, nie może mieć wpływu na konieczność rozpatrzenia zarzutu pierwszego podniesionego przez Odwołującego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty wstępnej ETC, pomimo że nie jest ona sprzeczna z treścią SIWZ, uznaje powyższy zarzut za niezasadny.

Odwołujący w ramach protestu i odwołania podnosił wadliwy charakter swojego odrzucenia. Akcentując błędne podanie przez Zamawiającego podstawy prawnej. Izba, jednakże zgadza w tym względzie z Przystępującym, iż: „Bez względu jednak na błędne wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty, postępowanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego było prawidłowe”. Odwołujący, składając środek ochrony prawnej w postaci protestu, oprotestował określoną czynność Zamawiającego, w tym wypadku czynność odrzucenia oferty wstępnej. Wobec prawidłowego charakteru decyzji Zamawiającego, mimo błędnego podania podstawy prawnej, nie doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp). Sytuacja prawna Odwołującego, a dokładniej jego oferty wstępnej nie uległaby zmianie w wypadku powtórnej oceny ofert, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą (art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp) oraz jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp).

W pierwszym wypadku, miałoby to miejsce, gdyby przyjąć, iż Odwołujący złożył ofertę w języku angielskim, co jest niedopuszczalne z uwagi na art. 82 ust. 2 Pzp, w którym dopuszcza się składanie oferty, pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo, za zgodą Zamawiającego, w postaci elektronicznej (co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym) oraz art. 9 ust. 1 i 2 Pzp, gdzie stwierdza się, że oferta powinna być złożona w formie pisemnej w języku polskim (zasada udzielania zamówień publicznych). Za zasadne

14

należy uznać odwołanie się w tym względzie także do ustawy z dnia 07.10.1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz.99 ze zm.) zwanej dalej ustawą o języku polskim, w szczególności do art. 11 pkt 1, 5 i 6 tejże ustawy. Zgodnie z tymi przepisami, nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 08.09.2005 r., sygn. akt: V Ca 886/05). Stosownie do treści art. 9 ust.2 i 3 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Poza tym, w art.5 w związku z art.4 i art. 7 ust.2 i 3 ustawy o języku polskim, zawarty jest wymóg dokonywania wszelkich czynności urzędowych oraz

składania oświadczeń woli w języku polskim dotyczący, w myśl tej ustawy, podmiotów wykonujących zadania publiczne na terytorium RP oraz osób (w znaczeniu jurystycznym) dokonujących wskazanych czynności (oświadczenia woli, podania i inne pisma) wobec takich podmiotów. W szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym). Obowiązek złożenia oferty w języku polskim nakłada na wszystkich Wykonawców Pzp w art. 9 ust.2 i jest to norma bezwzględnie obowiązująca. Ten sam obowiązek jednoznacznie przewidziano w SIWZ. Należy przy tym podkreślić, że nawet gdyby SIWZ nie zawierała wymogu złożenia oferty w języku polskim, obowiązek ustawowy prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, w tym składania ofert w tym języku, wiąże strony. Norma z art. 9 ust.3 Pzp dopuszcza wprawdzie wyjątek, ale wymaga zgody Zamawiającego, co jak wskazano powyżej, nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Przepis art. 9 ust.2 Pzp nie tylko zawiera normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym, lecz jest też przepisem kazuistycznym, co nie pozwala na jego odmienną interpretację. W orzecznictwie utrwalony jest także pogląd, że wszystkie dokumenty muszą być sporządzone w języku polskim lub przetłumaczone na ten język przez biegłego tłumacza, a wszystkie załączniki, jakie oferent dołącza do oferty stają się jej integralną częścią i również do nich stosuje się wymogi takie, jak do oferty (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30.12.2005 r., sygn. akt: II Ca 1950/05). Powyższe stanowisko, oprócz oparcia we wskazanym orzecznictwie sądów powszechnych, znajduje odzwierciedlenie również w doktrynie: „W art. 9 ust.2 i 3 ujęta jest zasada używania języka polskiego w postępowaniu o zamówienie publiczne. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim. Oznacza to, że wszelkie dokumenty i oświadczenia składane w toku procedury są sformułowane w języku polskim. Jeżeli zaś dokumenty są sformułowane w języku obcym to muszą być

15

przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego” (P. Szustakiewicz: „Zasady Prawa Zamówień Publicznych”, Wydawnictwo Publicus, W-wa 2007, str. 186).

W przedmiotowym stanie faktycznym, jak słusznie podkreślił Przystępujący: „Na podstawie art. 78 kc w zw. z art. 14 ustawy do zachowania pisemnej formy czynności prawnej niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, czyli w tym przypadku na formularzu oferty wstępne w języku polskim. Na złożonym przez Odwołującego formularzu nie ma podpisu osoby prawidłowo umocowanej, a podpis pani Anny B. na formularzu oferty w języku polskim został złożony jedynie w celu potwierdzenia zgodności tłumaczenia oferty na język polski (...).” Wobec powyższego, można przyjąć, iż została skutecznie złożona tylko oferta w języku angielskim, co jest niedopuszczalne w świetle zapisów Pzp i SIWZ.

W drugim wypadku, miałyby to miejsce gdyby przyjąć, iż Odwołujący złożył ofertę w języku polskim. Izba wskazała powyżej, iż przedmiotowe postępowanie miało być prowadzone zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp i postanowieniami SIWZ (pkt. 12 ppkt 14 i 18) w języku polskim, a zatem tak wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i oferty wstępne, powinny być złożone również w języku polskim. Jednakże, Odwołujący składając ofertę w języku angielskim i załączając do niej tłumaczenie na język polski, przedłożył formularz ofertowy w języku polskim nie podpisany przez osobę prawidłowo umocowaną. Izba, dzieląc stanowisko Przystępującego stwierdziła, iż na formularzu oferty widnieje jedynie podpis pani Anny B. umocowanej - zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 18.03.2008 r., załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie do oferty wstępnej - do potwierdzania zgodności tłumaczeń na język polski dokumentów ETC z oryginałem. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilny, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa nie reguluje pojęcia pełnomocnictwa i oferty, dlatego do jednostronnej czynności, jaką jest złożenie oferty przez panią Annę B. w imieniu Odwołującego, będzie miał zastosowanie art. 104 kc. Na podstawie tego przepisu, Izba uznała, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego

zakresu jest nieważna, co niewątpliwie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Izba także podkreśla, iż Zamawiający także w ppkt 17 pkt 12 SIWZ zawarł zapis, iż: „Osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy muszą złożyć podpisy na: a) wszystkich stronach oferty, b) załącznikach, c) w miejscach, w których naniósł zmiany”. Niniejszy zapis w powiązaniu z ppkt 14 i ppkt 18 pkt 12 SIWZ wyraźnie wskazuje, iż Zamawiający poinformował uczestników postępowania o konieczności wykazania stosownego umocowania do składania oferty wstępnej przez osobę podpisującą.

16

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała prawidłowość odrzucenia oferty Odwołującego, mimo podania błędnej podstawy prawnej.

Odnosząc się do zarzutów będących podstawą do unieważnienia przedmiotowego postępowania w trybie art. 191 ust. 3 zd.2 w związku z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp z uwagi na rażące naruszenie przepisów prawa w toku przygotowania i przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, które to naruszenia mają wpływ na ważność umowy zawieranej w tym przetargu, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, zarzut naruszenia art. 10 ust. 2 Pzp w związku z art. 55 ust. 1 Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia - negocjacji z ogłoszeniem, pomimo braku spełnienia przesłanek do zastosowania tego trybu określonych w art. 55 ust. 1 Pzp, należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z art. 10 ust. 2 Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia m.in. w trybie negocjacji z ogłoszeniem tylko w przypadkach określonych w ustawie, tj. jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności (art. 55 ust.1 Pzp):

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 5) wartość zamówienia jest niniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy.

W przedmiotowym stanie faktycznym, jedyną przesłanką, mogącą być podstawą do zastosowania w/w trybu, była przesłanka wynikająca z pkt 2 powołanego powyżej artykułu.

Niniejsze znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu zawiadomienia Zamawiającego z dnia 04.04.2008 r., skierowanego na podstawie art. 55 ust. 2 Pzp do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym stwierdza, iż: „Z uwagi na to, że w ostatnim 10-leciu wyprodukowano zaledwie kilka takich wyspecjalizowanych urządzeń, dostarczonych i wykonanych na indywidualne zamówienie i to w różnych konfiguracjach, dokonanie wyceny

17

w stosunku do aktualnie wymaganych parametrów technicznych tego urządzenia, obarczone byłoby dużym błędem”, a: „Rozpoznany rynek światowych producentów tych urządzeń jest niezwykle skromny, liczący zaledwie kilku producentów co powoduje, że zdobycie koniecznych informacji do właściwego opisu przedmiotu zamówienia jest utrudnione”.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający powołuje się także na: „na oryginalność przewidywanej technologii oraz unikatowość efektu mającego być wynikiem dostawy” oraz na fakt, iż: „zamówienie przeprowadzane przez zamawiającego ma charakter szczególny i nie ma możliwości dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia i oszacowania jego wartości”, jak również na zgodność z Wytycznymi Komitetu Europejskiego z dnia 17 listopada 2006 r. dotyczącymi przesłanek stosowania poszczególnych trybów postępowania, w tym m.in. negocjacji z ogłoszeniem, zgodnie z którymi pkt. 2 art. 55 ust.1

Pzp ma zastosowanie: „(...) do sytuacji szczególnych, w których np. ze względu na konieczność skorzystania z nowoczesnych czy wysoko specjalistycznych technologii lub metod realizacji zamówienia nie da się dokonać wyceny zamówienia za pomocą określonych w ustawie metod szacowania wartości zamówienia”.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny przesłanka z pkt 2: „Odnosi się (...) jednak tylko do wyjątkowych sytuacji, które mogą występować np. w związku z wykorzystywaniem nowych technologii, innowacyjnych rozwiązań, rzadko spotykanych materiałów lub specjalistycznych usług, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe wykorzystanie żadnego z tradycyjnych przewidzianych w ustawie sposobów obliczania wartości zamówienia” (W. Hartung, P. Laudański, W. M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz: „Zamówienia Publiczne po nowelizacji”, Wyd. I, Wydawnictwo „UNIMEX”, Wrocław 2007, str. 236). Podobnie „Komentarz. Prawo Zamówień Publicznych” pod redakcją T. Czajkowskiego, Wydanie III, UZP 2007, str. 219. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na stanowisko doktryny, iż: „Niewątpliwie jednak pojęcie „charakter zamówienia” należy odnosić do jego przedmiotu” (M. D. Bubnowski: „Prawo Zamówień publicznych. Komentarz po nowelizacji”, Wydawnictwo C.H. Beck, W-wa 2007, str.147), co wskazuje, iż nawet w wypadku pkt 2 istotne znaczenie dla zastosowania tej przesłanki ma także opis przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba uznała, że Zamawiający, w sposób nie budzący wątpliwości, wykazał zasadność zastosowania przesłanki wynikającej z art. 55 ust. 1 pkt. 2 Pzp do zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, uznając oświadczenia złożone przez Zamawiającego za wiarygodne, logiczne, spójne i wykazujące prawidłowość klasyfikacji zamawianego sprzętu przez Zamawiającego.

Na rynku istnieją, jak wskazał Zamawiający, czego nie kwestionował Odwołujący, tylko 3 firmy zajmujące się produkcją i dostawą przedmiotowej wirówki; wskazał również, iż jedna z tych firm w ciągu 5 lat nie wyprodukowała żadnej wirówki, a ponadto nie spełniała warunków SIWZ, czego również nie kwestionował Odwołujący. Powyższe świadczy, iż

18

wbrew stanowisku Odwołującego, przedmiot zamówienia nie ma charakteru tak powszechnego, jak próbował wykazać w swoich pismach, w ramach składanych środków ochrony prawnej.

Izba uznała za wiarygodne stanowisko Przystępującego, iż wycena wirówki jest co najmniej trudna lub niemożliwa, a podana przez Zamawiającego wartość szacunkowa jest wysokością środków finansowych uzyskanych na przedmiotowe zamówienie. Odwołujący nie kwestionował powyższego oświadczenia, jak również stwierdzenia, iż nie ma dwóch takich samych wirówek, nie ma też stałej ceny, a różnica w cenie może sięgać nawet 20 milionów dolarów.

Izba zgadza się także ze stanowiskiem Zamawiającego, jaki i Przystępującego, że przedmiot zamówienia to nie jest urządzenie gotowe; składa się z modułów, które muszą ze sobą współpracować, one również nie mają charakteru gotowego; a produkcja urządzenia będzie odbywała się we współpracy z Zamawiającym. Ponadto wskazał on, iż przedmiotem zamówienia jest wirówka + stymulator szkoleniowy.

Podczas rozprawy Zamawiający wykazał również, iż: „przesłanka niemożności wyceny wynikała także z faktu, iż oprócz samej wirówki i symulatora, w grę wchodzi również jego obudowa, infrastruktura związana z montażem, fundament, prace w samym budynku, sprawy geologiczne. Powyższych informacji nie można powziąć z innych umów dot. montażu wirówek”. Poza tym Zamawiający wskazywał, iż urządzenie takowe jest zawsze wyprodukowane na indywidualne zamówienie w różnych konfiguracjach stanowiących tajemnicę handlową, dlatego też przedmiot zamówienia miał być przedmiotem negocjacji. Stanowisko Odwołującego w tej kwestii, iż prace adaptacyjne tego rodzaju są tak powszechne, iż ich wycena nie stanowi problemu, Izba uznała za „wątpliwą”.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że publikacje na rynku amerykańskim zawieranych kontraktów, oprócz ceny, zawierają dane pozwalające na sporządzenie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Przy czym, Izba podnosi, że wskazanie na rynek amerykański, z pominięciem rynku europejskiego, mogłoby doprowadzić do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 29 ust.2 Pzp.

Wskazanie przez Odwołującego na dysponowanie bieżącą wiedzą na temat zmian technologicznych na rynku wirówek nie może stanowić zarzutu samego w sobie, gdyż z uwagi na swój charakter – instytutu medycznego i prowadzenie badań, Zamawiający

niejako z „urzędu” musi taką wiedzę dysponować.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego naruszenia art. 10 ust. 2 Pzp w związku z art. 55 ust. 1 Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia - negocjacji z ogłoszeniem, pomimo braku spełnienia przesłanek do zastosowania tego trybu

19

określonych w art. 55 ust. 1 Pzp, który musiała rozpatrzyć z urzędu na mocy art. 193 ust.3 zd.2 Pzp.

Po drugie, zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i 8 oraz innych przepisów ustawy z dnia 10.09.1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa zwanej dalej: „*Ustawą Offsetową*” poprzez nieuwzględnienie w warunkach postępowania na dostawę sprzętu wymienionego w przepisach wykonawczych do tej ustawy, tj. rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 13.12.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia i sprzętu wojskowego zwanej dalej: „*rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 13.12.2007 r.*”, którego zakup objęty jest obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej; obowiązków w zakresie zobowiązań offsetowych podmiotów uczestniczących w postępowaniu przetargowym, należy uznać za niepodlegający rozpatrzeniu.

Odwołujący wskazał, iż w/w zarzut naruszenia powołanych przepisów stanowi podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania w trybie art. 191 ust. 3 zd.2 w związku z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp. Izba wskazuje, iż zgodnie z powołaną podstawą prawną, Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, w tym wypadku wady uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym, w przedmiotowym stanie faktycznym należy rozpatrzyć istnienie przesłanki wynikającej z art. 146 ust.1 pkt 6 Pzp, tj. czy doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Powyższa przesłanka nie odnosi się jednakże do każdej ustawy obowiązującej, ale Pzp, w którego art. 1 stwierdza się, iż: „Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie”. Wyjątkowo może odnosić się do przepisów ustaw, do których Pzp odsyła np. Kc (art. 14 Pzp), albo Kpc (art. 184 ust.6 Pzp). Za słusznością powyższego stanowiska przemawia także rozróżnienie zawarte w art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, gdzie mówi się o „ustawie” oraz art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp, gdzie mówi się o „odrębnych przepisach”.

Wobec powyższego brak jest podstaw prawnych do unieważnienia przedmiotowego postępowania w trybie art. 191 ust. 3 zd.2 w związku z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp z uwagi na naruszenie art. 8 ust. 3 i 8 oraz innych przepisów Ustawy Offsetowej poprzez nieuwzględnienie w warunkach postępowania na dostawę sprzętu wymienionego w przepisach wykonawczych do tej ustawy, tj. rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 13.12.2007 r., obowiązków w zakresie zobowiązań offsetowych podmiotów uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

20

Izba na marginesie zauważa, iż w wypadku zaistnienia sytuacji, w której istnieje inny akt prawny regulujący kwestie zamówień publicznych, Zamawiający powinien każdorazowo rozważyć zasadność stosowania jego przepisów przed Pzp, w sposób pozwalający na wyczerpujące uzasadnienie takich działań. W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający przedłożył jako dowody w sprawie korespondencję z uprawnionymi jednostkami organizacyjnymi Ministerstwa Gospodarki oraz Ministerstwa Obrony Narodowej, z których wynika, iż w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, wskazanego w negocjacjach z ogłoszeniem, Zamawiający prawidłowo uznał pierwszeństwo przepisów Pzp przed Ustawą Offsetową. Wynika z nich także w sposób nie budzący wątpliwości, iż stanowisko przedstawione przez Odwołującego na rozprawie, iż chodziło mu o: „możliwość przeprowadzenia postępowania w zgodzie z ustawą pzp z uwzględnieniem przepisów ustawy offsetowej” jest błędne. Art. 4 pkt 3 lit. f Pzp w związku z art.1 ust.1 Ustawy Offsetowej wyklucza możliwość zastosowania Pzp łącznie z elementami Ustawy Offsetowej.

Po trzecie, odnosząc się również do zarzutu podniesionego w ramach uzasadnienia do zarzutu wcześniejszego, tzn. nie wymagania przez Zamawiającego zezwolenia na obrót, mimo że przedmiotowy sprzęt objęty jest również rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej (powinno być Ministra Gospodarki – Dz. U. z 2007 r. Nr 208, poz. 1505) z dnia 29.10.2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, wydanego na podstawie ustawy o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla a także bezpieczeństwa państwa, dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, Izba uznała, iż jest on niezasadny.

W pierwszej kolejności, Izba kierowała się faktem, że Zamawiający w pkt 7.1 g ogłoszenia, zwrócił się o przedłożenie koncesji, zezwolenia lub licencji, gdyż nie wiedział, jak kwestia ta jest regulowana w różnych państwach UE oraz w różnych państwach pozaeuropejskich. W drugiej kolejności, Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, iż nie zamawiał sprzętu wojskowego (powyższe stanowisko wynika także z korespondencji przedłożonej jako dowód w sprawie przez Zamawiającego z uprawnionym jednostkami organizacyjnymi Ministerstwa Gospodarki oraz Ministerstwa Obrony Narodowej) - nie było więc wymagane zezwolenie wynikające z powołanego przez Odwołującego rozporządzenia, w przeciwnym razie doszłoby do sytuacji, iż przedmiotową wirówkę musiałby zamawiać upoważniony Departament Sił Zbrojnych MON od rządu amerykańskiego.

Wobec powyższego brak było podstaw do uznania przez Izbę tak postawionego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji nie uwzględniając odwołania.

21

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

22