

WYROK
z dnia 10 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa.**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - 1) wykreślenie z załącznika nr 1 Wymagania techniczne dotychczasowego brzmienia: „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego o powierzchni 0,05m² i miękkiego o powierzchni 1m² oraz spadochronu głównego o powierzchni 17m², liny wyciągającej i pokrowca” i zastąpienie go brzmieniem: „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego i miękkiego oraz spadochronu głównego, liny wyciągającej i pokrowca”,
 - 2) wykreślenie z załącznika nr 1 Wymagania techniczne wymogu „dopuszczone do eksploatacji przez producenta samolotu”,
 - 3) precyzyjne uregulowanie zasad i sposobu wykazania przez wykonawcę, iż oferowany spadochron hamujący jest dopuszczony do eksploatacji w samolotach MIG-29 znajdujących się na wyposażeniu lotnictwa Sił Zbrojnych RP, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;
 - 4) uwzględnienie konsekwencji zmian dokonanych zgodnie z pkt 1,2 i 3 powyżej w innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym załączniku nr 3 formularz ofertowy pkt 9 oraz w ogłoszeniu o zamówieniu;

1

2. kosztami postępowania obciąża **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa** na rzecz **AIR-POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, - 909 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na dostawę spadochronów hamujących do samolotów Mig-29 i F-16. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równoważność kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2012 r. Nr 2012/S 113-187239.

W dniu 25 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AIR- POL Sp. z o.o., ul. Olszankowa 52, 05-120 Legionowo wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ustalając treść skarżonej SIWZ, naruszył w prowadzonym postępowaniu: art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych w sposób jednoznacznie wskazujący tylko na jeden produkt i jednego producenta, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na skutek wyżej wskazanych czynności Zamawiającego w zakresie naruszenia art. 7 i 29 ustawy Pzp, w interesie Odwołującego jest niedopuszczenie do przeprowadzenia procedury w sposób oczywiście utrudniający uczciwą konkurencję, a co za tym idzie nieuzasadnione utrudnienie w uzyskaniu zamówienia publicznego przez Odwołującego. Postępowanie przy aktualnym brzmieniu SIWZ prowadzić będzie do szkody po stronie Odwołującego, jeśli zważyć na fakt, iż jego oferta handlowa obejmuje przedmiot niniejszego zamówienia, jednakże nie jest możliwe jej złożenie z uwagi na naruszenia stanu prawnego przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdzał, że sporządzona przez Zamawiającego SIWZ w zakresie zdefiniowania przedmiotu zamówienia jest niezgodna z ustawą Pzp, co uzasadnia wystąpienie z niniejszym odwołaniem.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że opisując przedmiot zamówienia wyłącza działanie jednej z najważniejszych zasad określonych prawem zamówień publicznych - zasady obowiązku zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji. Zasada ta została określona w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Z treści tej fundamentalnej

3

zasady wynika, że tak przygotowanie jak i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie może polegać w szczególności na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III. Str. 76). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Takie stanowisko zostało przyjęte w literaturze: zakaz utrudniania uczciwej konkurencji zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje znaczeń czy parametrów wskazujących na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt działając w ten sposób wbrew zasadnie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (patrz. Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 148).

W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ stanowiąc będą obrazę art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli będą zawierać szereg jednoznacznych wymogów zdefiniowanych względem przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący wyłącznie jeden produkt i jednego producenta, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i utrudnienia uczciwej konkurencji. Taka sytuacja ma miejsce co do treści SIWZ ustalonej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje poniżej zapisy Załącznika nr 1 do SIWZ - WYMAGANIA TECHNICZNE, które naruszają powyższe regulacje:

Zadanie nr 1 - spadochron hamujący do MiG-29

Nieuprawnione postawienie wymogów utrudniających uczciwą konkurencję:

Wniosek Odwołującego:

wykreślenie wymogu - „dopuszczone do eksploatacji przez producenta samolotu”

dodanie - „dopuszczone do eksploatacji w samolotach MiG-29”

4

Wniosek Odwołującego:

wykreślenie wymogów - „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego o powierzchni 0,05 m² i miękkiego o powierzchni 1m² oraz spadochronu głównego o powierzchni 17 m², liny wyciągającej i pokrowca”
dodanie - „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego i miękkiego oraz spadochronu głównego, liny głównej i pokrowca (osłony).

Konsekwencją wnioskowanych zmian winna być również modyfikacja pozostałych załączników do umowy we wskazanym zakresie, a w szczególności Załącznika nr 3 Formularz ofertowy w punkcie 9, który powinien brzmieć:

„Oświadczamy, że oferowane spadochrony hamujące (dotyczy Zadania nr 1) są eksploatowane na samolotach MiG-29 (zgodnie z instrukcjami producenta statku powietrznego).”

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 25 czerwca 2012 r.

W dniu 26 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania poprzez publikację na stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 4 lipca 2012 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż :

- a) **uwzględnia odwołanie** w części dot. wniosku Odwołującego: „wykreślenie wymogów - Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego o powierzchni 0,05 m² i miękkiego o powierzchni 1 m² oraz spadochronu głównego o powierzchni 17 m², liny wyciągającej i pokrowca.” i dokonuje następujące zmiany: - „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego i miękkiego oraz spadochronu głównego, liny wyciągającej i pokrowca.”
- b) **nie uwzględnia odwołania** w części dot. wniosku Odwołującego: *Nieuprawnione postawienie wymogów utrudniających uczciwą konkurencję tj. wykreślenie wymogu - „dopuszczone do eksploatacji przez producenta samolotu” i dodanie - „dopuszczony do eksploatacji w samolotach MiG-29 ”.*

5

Zamawiający wyjaśniał, że przedmiotem ww. zamówienia nie są spadochrony hamujące, które Ministerstwo Obrony Narodowej (MON) chciałoby zakupić i eksploatować, tylko spadochrony hamujące, które MON zobowiązane jest zakupić w celu zabezpieczenia eksploatacji samolotów MiG-29/MiG-29UB. Zgodnie z obowiązującą w lotnictwie Sił Zbrojnych RP dokumentacją samolotu MiG-29/MiG-29UB, przygotowana SIWZ dotyczy spadochronów hamujących, które w myśl postanowień ww. dokumentacji stanowią wyposażenie samolotów eksploatowanych w Siłach Powietrznych. Wyposażenie (tj. spadochron hamujący do samolotu MiG-29), do opisu którego w SIWZ Odwołujący zgłosił zarzuty w wniesionym odwołaniu, określone jest w niżej wymienionych wydawnictwach:

1. „Samolot MiG-29. Książka 1. Układy płatowca. Część II. Opis techniczny i działanie płatowca oraz jego układów (z kompletu dokumentacji technicznej nr GK-473A)” sygn. WLOP 43/91. Wydawnictwo jest tłumaczeniem z oryginału: „Samolot 9-12. Rukowódstwo po technicznej eksploatacji nr GK-473A. Kniha pierwaja. Samolot i jego sistemi. Czast II. Opisaniye i rabota planiera i jego sistem”, wprowadzonym do użytku w lotnictwie

Sił Zbrojnych RP zarządzeniem nr 54 Dowódcy Wojsk Lotniczych i Obrony Powietrznej z dnia 23.05.1991 r.

2. „Samolot MiG-29UB. Książka 1. Układy płatowca. Część II. Opis techniczny i działanie płatowca oraz jego układów (z kompletu dokumentacji technicznej nr GK-549)" sygn. WLOP 118/92. Wydawnictwo jest tłumaczeniem z oryginału: „Samolot 9-51. Wariant A. Rukowódstwo po technicznej eksploatacji nr GK-549. Kniaga 1. Samolot i jego system. Część 2. Opisanie i robota planiera i jego systemy", wprowadzonym do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych RP zarządzeniem nr 116 Dowódcy Wojsk Lotniczych i Obrony Powietrznej z dnia 09.11.1992 r.
3. „Samolot MiG-29. Instrukcja techniki pilotowania" sygn. WLOP 176/94. Wydawnictwo jest tłumaczeniem z oryginału: „Rukowódstwo po lotnoej eksploatacji samolota MiG-29. Wariant A", wprowadzonym do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych RP zarządzeniem nr 42 Dowódcy Wojsk Lotniczych i Obrony Powietrznej z dnia 10.05.1994 r.
4. „Samolot MiG-29UB. Instrukcja techniki pilotowania" sygn. WLOP 47/91. Wydawnictwo jest tłumaczeniem z oryginału: „Rukowódstwo po lotnoej eksploatacji samolota MiG-29UB. Wariant A", wprowadzonym do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych RP zarządzeniem nr 58 Dowódcy Wojsk Lotniczych i Obrony Powietrznej z dnia 23.05.1991 r.

Informował, że na str. 206 wydawnictwa „Samolot MiG-29. Książka 1. Układy płatowca. Część II. Opis techniczny i działanie płatowca oraz jego układów (z kompletu dokumentacji technicznej nr GK-473A)" określono, iż urządzenie spadochronu hamującego składa się z pojemnika spadochronu hamującego, układu spadochronu hamującego PTK-29

6

/PTK-29SK/, instalacji pneumatycznej i układu elektrycznego sterowania wypuszczaniem i zrzutem spadochronu.

Na str. 218 wydawnictwa „Samolot MiG-29UB. Książka 1. Układy płatowca. Część II. Opis techniczny i działanie płatowca oraz jego układów (z kompletu dokumentacji technicznej nr GK-549)" określono, iż instalacja spadochronu hamującego składa się z pojemnika spadochronu hamującego, układu spadochronu hamującego PTK-29 (PTK-29SK), instalacji pneumatycznej i układu elektrycznego sterowania wypuszczaniem i zrzutem spadochronu.

Na str. 201 wydawnictwa „Samolot MiG-29. Instrukcja techniki pilotowania" określono, iż samolot MiG-29 wyposażony jest m.in. w spadochron hamujący PTK-29.

Na str. 270 wydawnictwa „Samolot MiG-29UB. Instrukcja techniki pilotowania" określono, iż samolot MiG-29UB wyposażony jest m.in. w spadochron hamujący PTK-29.

Podsumowując Zamawiający wskazywał, iż stwierdzić należy, że zgodnie z obowiązującymi w lotnictwie Sił Zbrojnych RP dokumentami, eksploatowane w Siłach Powietrznych samoloty MiG-29 i MiG-29UB, mogą być wyposażone tylko w spadochrony hamujące PTK-29 lub PTK-29SK.

Biorąc powyższe pod uwagę, gestor dla samolotów bojowych nie może określić wymagań w sposób o jaki wnosi Odwołujący, których następstwem mógłby być zakup przez Siły Zbrojne RP innego spadochronu hamującego niż dopuszczony do eksploatacji przez producenta samolotu MiG-29 (MiG-29UB), zgodnie z obowiązującą w lotnictwie Sił Zbrojnych RP dokumentacją samolotu. Nieuzasadniony jest też zarzut Odwołującego, że przygotowany opis będący przedmiotem zamówienia spadochronu hamującego może wskazywać na tylko jednego producenta tego spadochronu.

W związku z powyższym Odwołujący nie ma podstaw do wnoszenia odwołania i zgłaszania zarzutu o utrudnienie w uzyskaniu zamówienia publicznego, ponieważ każdy z producentów spadochronów hamujących, posiadający zgodę producenta samolotu na produkcję spadochronów hamujących PTK-29, PTK-29SK lub innego typu, może brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i proponować dostawę dla MON tego typu sprzętu.

W związku z powyższą zmianą Zamawiający dokona również modyfikacji SIWZ.

7

publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę spadochronów hamujących do samolotów MIG-29 (zadanie 1) i F-16 (zadanie 2). W Załączniku nr 1 do SIWZ "Wymagania techniczne" Zamawiający w odniesieniu do zadania nr 1 - dostawy spadochronów hamujących do MIG-29 postawił następujące wymagania: "Przedmiotem zamówienia są spadochrony hamujące do samolotów MIG-29, w ilości 82 (osiemdziesięciu dwóch) kpl, dopuszczone do eksploatacji przez producenta samolotu. Spadochron hamujący wchodzi w skład spadochronowego systemu hamowania, służący do zmniejszenia długości dobiegu samolotu po wylądowaniu. Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego o powierzchni 0,05m² i miękkiego o powierzchni 1m² oraz spadochronu głównego o powierzchni 17m², liny wyciągającej pokrowca (...)." W załączniku nr 3 do SIWZ Formularz ofertowy w pkt 9 zawarty został wymóg: "Oświadczamy, że oferowane spadochrony hamujące (dotyczy **Zadania nr 1**) są eksploatowane na samolotach MiG-29 (zgodnie z instrukcjami producenta statku powietrznego), w przypadku wyboru naszej oferty, na pisemne wezwanie Zamawiającego przedstawimy w ciągu 3 dni zgodę na eksploataowanie oferowanych spadochronów hamujących przez producenta samolotów MiG-29. 4) Zamawiający w indeksie 4) zaznaczał, że powyższe oświadczenie dotyczy oferowanych innych spadochronów hamujących niż eksploatowane w Siłach Zbrojnych RP tj. spadochronu hamującego PTK-29 lub PTK-29SK.

Ponadto Zamawiający w SIWZ w rozdziale I Opis przedmiotu zamówienia ust. 3 pkt 5 w zakresie wymagań postawionych oferowanemu przedmiotowi zamówienia oczekiwał: "5) sposób oceny zgodności OiB - wyroby dostarczone przez Wykonawcę podlegają ocenie zgodności z art. 7 ust. 1 ustawy z 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 235, poz. 1700, z późn. zm.) - w trybie I wskazanym w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z 6 kwietnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. Nr 78, poz. 528, z późn. zm.). W przypadku gdy wyrób dostarczony przez Wykonawcę nie jest wprowadzony do wyposażenia Sił Zbrojnych RP lub nie jest w wyposażeniu Sił Zbrojnych NATO, to podlega ocenie zgodności w trybie II."

8

We wzorze do umowy § 6 ust. 1 wskazano, że dostarczone wyroby muszą spełniać wymogi określone w ustawie z 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 235, poz. 1700, z późn. zm.). W § 7 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający postawił wymóg: "Wykonawca wraz z wyrobami dostarczy deklarację zgodności OiB wystawioną zgodnie z ustawą z 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 235, poz. 1700, z późn. zm.) i wskazanym w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z 6 kwietnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. Nr 78, poz. 528, z późn. zm.) - **tj. w trybie I oceny zgodności**. W przypadku gdy wyrób dostarczony przez Wykonawcę nie jest wprowadzony do wyposażenia Sił Zbrojnych RP lub nie jest w wyposażeniu Sił Zbrojnych NATO, to podlega ocenie zgodności w trybie II."

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, Biuletyn Informacyjny Nr WR/4826/E/06 dotyczący spadochronu KB-5 jako zamiennika za spadochron PTK-29, pismo z 4 lipca 2012 r. do Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych z zapytaniem ofertowym dotyczącym przeprowadzenia prób naziemnych i w locie spadochronu hamującego SH-29 w celu wprowadzenia go do eksploatacji w Siłach Zbrojnych RP, pismo z 2 lipca 2012 r. do

Polit Elektronik dotyczące uzyskania zgody producenta samolotu MiG-29 na stosowanie spadochronów hamujących SH-29, pismo z 11 maja 2012 r. Departamentu Polityki Zbrojeniowej MON do Odwołującego dotyczące badań warunkujących dopuszczenie spadochronu SH-29 do eksploatacji w Siłach Zbrojnych RP, pismo z 28 czerwca 2012 r. Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych do Odwołującego w sprawie udokumentowania możliwości stosowania spadochronu SH-29 na samolocie MiG-29 umowa dotycząca zbycia spadochronów SH-29 na rzecz armii amerykańskiej, Instrukcja opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP wprowadzona decyzją Nr 375/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2011 r. w sprawie prowadzenia do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej „Instrukcji

9

opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP”, dokumentacja techniczna samolotu MiG-29.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w kwestionowaniu naruszających, w jego opinii, przepisy ustawy Pzp postanowień SIWZ, które uniemożliwiają mu złożenie oferty.

Izba uznała, że odwołanie jest zasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykreślenia wymogu - „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego o powierzchni 0,05 m² i miękkiego o powierzchni 1m² oraz spadochronu głównego o powierzchni 17 m², liny wyciągającej i pokrowca” i zastąpienia go wymogiem - „Spadochron hamujący składa się z 2 spadochronów wyciągających, sprężynowego i miękkiego oraz spadochronu głównego, liny głównej i pokrowca (osłony), Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uznał jego zasadność i zapowiedział dokonanie stosownej zmiany SIWZ. W toku postępowania odwoławczego Izba ustaliła, iż zmiana taka na dzień rozprawy nie została jeszcze formalnie dokonana (brak publikacji). Biorąc pod uwagę okoliczność że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, swoje uwzględnienie podtrzymał na rozprawie, co należy kwalifikować jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, jako że przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, w takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone. Równocześnie w okolicznościach niniejszej sprawy w ocenie Izby, taka sytuacja prowadzi równocześnie do konieczności uwzględnienia na tej podstawie odwołania. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji uwzględnienia odwołania w części, co skutkowałoby możliwością częściowego umorzenia postępowania. Jedynie uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania skutkuje obowiązkiem umorzenia postępowania odwoławczego i zniesieniem kosztów, jeżeli zostało dokonane w warunkach, które zgodnie z ustawą Pzp i przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238) dają ku temu podstawę. Takiej instytucji nie przewidziano w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z kolei

10

zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym mając na uwadze treść art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy Izba potwierdziła, iż

taki istotny wpływ na wynik postępowania zachodzi. Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający jedynie zapowiedział modyfikację SIWZ, natomiast nie została ona jeszcze dokonana. Tym samym treść SIWZ na moment orzekania formalnie pozostała bez zmian, stwierdzone naruszenie nie zostało usunięte, tym samym mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co wskazuje na konieczność uwzględnienia odwołania.

Izba uznała, że potwierdził się także drugi z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów dotyczący wymogu dysponowania dla oferowanych spadochronów hamujących dopuszczeniem do eksploatacji producenta samolotu. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, że zgodnie z obowiązującymi w lotnictwie Sił Zbrojnych RP dokumentami (dokumentacja samolotu) eksploatowane w Siłach Powietrznych samoloty MiG-29 i MiG 29UB mogą być wyposażone tylko w spadochrony hamujące PTK-29 lub PTK-29SK. Zamawiający argumentował, iż biorąc powyższe pod uwagę, gestor dla samolotów bojowych nie może określić wymagań w sposób, o jaki wnosi Odwołujący, których następstwem mógłby być zakup przez Siły Zbrojne RP innego spadochronu hamującego niż dopuszczony do eksploatacji przez producenta samolotu MiG 29 (MiG 29UB), zgodnie z obowiązującą w lotnictwie Sił Zbrojnych dokumentacją samolotu. Zamawiający kwestionował także stanowisko Odwołującego co do zarzutu utrudniania uzyskania zamówienia, ponieważ każdy z producentów spadochronów hamujących PTK-29, PTK-29SK lub innego typu, może brać udział w postępowaniu i proponować dostawę tego typu sprzętu. Izba zauważa, iż powyższe stanowisko Zamawiającego nie jest konsekwentne. Z jednej strony wskazuje bowiem, że samoloty MiG-29 (MiG 29UB) eksploatowane w lotnictwie Sił Zbrojnych RP mogą być wyposażone tylko w spadochrony hamujące PTK-29 lub PTK-29SK, gdyż takie zgodnie z posiadaną dokumentacją techniczną samolotu są dopuszczone przez producenta, z drugiej dopuszcza możliwość zaoferowania innych spadochronów hamujących (poza PTK-29 i PTK-29SK), o ile posiadają dopuszczenie producenta do eksploatacji w samolotach MiG-29 i MiG-29UB. Należy podkreślić, iż także SIWZ nie zawiera ograniczenia wyłącznie do spadochronów hamujących PTK-29 i PTK-29SK, gdyż, opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający nie wskazał na takie ograniczenie, lecz dopuszcza inne typy spadochronów hamujących, przy czym ich zaoferowanie uwarunkowane jest od złożenia oświadczenia, iż

11

są one eksploatowane w samolotach MiG-29 (zgodnie z instrukcjami producenta statku powietrznego) o ile oferent posiada zgodę na eksploatację oferowanych spadochronów hamujących przez producenta samolotów MiG-29, przy czym powyższe oświadczenie dotyczy oferowanych innych (podkreślenie Izby) spadochronów hamujących niż eksploatowane w Siłach Zbrojnych RP, tj. spadochronu hamującego PTK-29 lub PTK-29SK (załącznik nr 3 do SIWZ Formularz ofertowy pkt 9 z indeksem oznaczonym jako 4). Tym samym treścią SIWZ Zamawiający jednoznacznie dopuścił możliwość zaoferowania innych spadochronów hamujących niż określone w dokumentacji samolotu, o ile oferent wykaże się posiadaniem stosownej zgody producenta samolotu na eksploatację oferowanego spadochronu hamującego w samolotach MiG-29, a co więcej oświadczy, iż oferowane spadochrony są eksploatowane w samolotach MiG-29. Oznacza to zatem, że nie sam fakt wskazania określonego typu spadochronu hamującego w dokumentacji samolotu decyduje o tym, czy może być on zaoferowany w postępowaniu (w dokumentacji wskazuje się tylko PTK-29 i PTK-29SK), lecz zgoda producenta samolotu na eksploatację w samolotach MiG-29 oraz fakt eksploatacji w samolotach MiG-29 (tak wynika literalnie z treści oświadczenia zawartego w pkt 9 załącznika nr 3 do SIWZ Formularz ofertowy). Odwołujący argumentował, iż zgodnie z obowiązującymi regulacjami zgoda producenta samolotu nie jest niezbędna dla wprowadzenia do eksploatacji w Siłach Zbrojnych spadochronu hamującego innego niż określony w dokumentacji technicznej producenta samolotu, gdyż wprowadzenie do użytku może być dokonane w oparciu o biuletyn techniczny zatwierdzony przez Głównego Inżyniera Wojsk Lotniczych zgodnie z „Instrukcją opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP” stanowiącą załącznik do decyzji Nr 375/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2011 r. w sprawie prowadzenia do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej „Instrukcji opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP”. Na podstawie takiego biuletynu technicznego możliwe jest wprowadzenie do eksploatacji sprzętu bez zgody producenta samolotu. Na dowód powyższego przedstawił biuletyn informacyjny spadochronu hamującego KB-5 wprowadzonego w oparciu o biuletyn

techniczny (informacyjny). Wymaganie zgody producenta nie jest więc niezbędne, a uzależnia możliwość zaferowania wyrobu od zgody podmiotu trzeciego, na którego decyzję Odwołujący nie ma wpływu. Kwestią sporną jest zatem, czy możliwe jest dopuszczenie do eksploatacji w lotnictwie Sił Zbrojnych RP spadochronu hamującego innego niż PTK-29 i PTK-29SK na innej podstawie niż zgoda producenta, a zatem wymaganie tej zgody jest zbędne i w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. W ocenie Izby Zamawiający nie dowiódł, iż zgoda producenta samolotu na eksploatację danego spadochronu hamującego w samolocie MiG-29 jest niezbędna, aby był on dopuszczony do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych RP. Należy zauważyć, iż sam Zamawiający zmodyfikował w toku postępowania

12

swoją początkową argumentację wynikającą z odpowiedzi na odwołanie, w której ograniczał możliwość zaferowania spadochronów tylko do tych wskazanych w dokumentacji samolotu. W istocie nie zaprzeczał stanowisku Odwołującego ani nie przedstawiał dowodów przeciwnych, że nie jest możliwe dopuszczenie do eksploatacji w lotnictwie Sił Zbrojnych RP spadochronu hamującego, dla którego wydano biuletyn techniczny zgodnie z powołaną „Instrukcją opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP”. Na mocy powyższego biuletynu technicznego wprowadzane są bowiem do eksploatacji zamienniki dla sprzętu wskazanego w dokumentacji technicznej. Na taką możliwość wskazuje jednoznacznie biuletyn informacyjny Nr WR/4826/E/06 dotyczący spadochronu hamującego KB-5 jako zamiennika za spadochron PTK-29. Wynika z niego, iż spadochron hamujący KB-5 od 1992 r. eksploatowany był w Luftwaffe na samolotach MiG-29 jako zamiennik spadochronu hamującego PTK-29. Pozyskana dokumentacja, pozytywna ocena dotychczasowego użytkownika oraz certyfikat nr 1670-014 dopuszczający spadochron KB-5 do eksploatacji na samolotach MiG-29 w Siłach Powietrznych Niemiec stanowi podstawę do eksploatacji powyższego spadochronu w Siłach Powietrznych Polski. Powyższy biuletyn informacyjny nie wymienia zgody producenta samolotu jako elementu niezbędnego dla uznania spadochronu hamującego za zamiennik wobec tego wskazanego w dokumentacji technicznej samolotu. Potwierdza to także stanowisko wyrażone w piśmie Departamentu Polityki Zbrojeniowej MON z 11 maja 2012 r. przedstawione przez Odwołującego, w którym wskazuje się m.in.: „W związku z tym, że spadochron hamujący SH-29 jest technicznym środkiem materiałowym do samolotu MiG-29, zastosowanie ww. wyrobu na samolocie MiG-29 jest możliwe po wprowadzeniu go do stosowania na ww. samolotach, eksploatowanych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP, przez Głównego Inżyniera Wojsk Lotniczych stosownym biuletem technicznym, opracowanym i zatwierdzonym zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami z (z „Instrukcją opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP”). Szef Techniki Lotniczej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych – Główny Inżynier Wojsk Lotniczych powinien określić dokumenty, jakie wraz z projektem biuletynu firma AIR-POL Sp. o.o. będzie zobowiązana dostarczyć w celu udowodnienia, że spadochrony hamujące SH-29 mogą być stosowane na samolotach MiG-29, eksploatowanych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP. Po zatwierdzeniu biuletynu technicznego, o którym mowa powyżej, spadochrony hamujące SH-29 produkcji AIR-POL Sp. z o.o. będą mogły być oferowane w przetargach, organizowanych przez komórki organizacyjne resortu obrony narodowej, na równych warunkach ze spadochronami PTK-29 produkcji rosyjskiej”. Z kolei w piśmie z 28 czerwca 2012 r. Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych stwierdzono, że: „w celu udokumentowania możliwości stosowania spadochronu SH-29 na samolocie MiG-29 należy przedstawić sprawozdanie wykonanych badań naziemnych i w locie ww. spadochronów, z orzeczeniem

13

Dyrektora Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych. Pozytywne wyniki badań będą podstawą do opracowania biuletynu technicznego, zezwalającego stosować spadochron SH-29 na samolotach MiG-29.” Jako podstawy prawne takiego stanowiska wskazano:

- 1) ustawa z 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa,
- 2) rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 6 kwietnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa,
- 3) Dziennik Urzędowy Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 listopada 2011 r. – w

sprawie wykazu jednostek badawczych i wykazu jednostek certyfikujących, którym udzielono akredytacji w zakresie obronności i bezpieczeństwa (akredytacji OiB) oraz zakresów akredytacji,

4) Instrukcja opracowywania, wydawania, obiegu i realizacji biuletynów technicznych w lotnictwie Sił Zbrojnych RP- sygn. Logis.6/2011.

Przedmiotowe pismo podpisane zostało przez Głównego Inżyniera WL Pana płk Adama Bagińskiego.

Z powyższego jednoznacznie zatem wynika, iż zgoda producenta nie jest koniecznym wymogiem, aby określony wyrób użytkowany w samolotach MiG (tu: spadochron hamujący) mógł być dopuszczony do użytkowania w samolotach MiG-29 eksploatowanych w Siłach Zbrojnych RP, gdyż biuletyn techniczny stanowi wystarczającą podstawę dla wprowadzenia takiego wyrobu do użytku w lotnictwie Sił Zbrojnych RP jako zamiennika. Co więcej sam Zamawiający – w toku postępowania przed Izbą – nie kwestionował dopuszczalności użytkowania sprzętu w oparciu o stosowny biuletyn techniczny. Argumentował, iż przewidział taką możliwość w SIWZ (rozdziale I ust. 3 pkt 5 SIWZ oraz we wzorze umowy § 7 ust. 8, dopuszczając, aby w przypadku gdy wyrób dostarczony przez Wykonawcę nie jest wprowadzony do wyposażenia Sił Zbrojnych RP lub nie jest w wyposażeniu Sił Zbrojnych NATO, to podlega ocenie zgodności w trybie II przewidzianym w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z 6 kwietnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. Nr 78, poz. 528, z późn. zm.). Należy jednak zauważyć, iż wymóg dostarczenia odpowiedniej deklaracji zgodności OiB był postawiony niezależnie od zgody producenta (we wzorze do umowy § 6 ust. 1 wskazano, że dostarczone wyroby muszą spełniać wymogi określone w ustawie z 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 235, poz. 1700, z późn. zm.). Załącznik nr 3 do SIWZ Formularz ofertowy nie zawierał żadnego wskazania, iż w takiej sytuacji zgoda producenta nie jest wymagana. Ponadto SIWZ odwoływała się tylko do deklaracji zgodności OiB, a zgodnie z poczynionymi ustaleniami podstawą do wprowadzenia

14

spadochronu hamującego innego niż PTK-29 lub PTK-29SK do eksploatacji w lotnictwie Sił Zbrojnych RP jest dopiero biuletyn techniczny (poza innymi dopuszczalnymi sposobami np. wprowadzeniem do eksploatacji w Siłach Zbrojnych NATO, co nie jest przedmiotem sporu). SIWZ w żadnym razie nie daje podstaw dla przyjęcia, iż wykonawca, który dysponuje biuletynem technicznym dopuszczającym oferowany przez niego spadochron hamujący do eksploatacji w lotnictwie Sił Zbrojnych RP nie musi dysponować zgodą producenta, jak również SIWZ nie przewiduje jako alternatywnego sposobu wykazania, że wyrób jest dopuszczony do eksploatacji w lotnictwie Sił Zbrojnych RP na podstawie biuletynu technicznego. Nawet jeśli taki był zamiar Zamawiającego, to nie został on w sposób jasny uzewnętrzniowany w treści SIWZ. Literalnie SIWZ poprzez kwestionowany przez Odwołującego wymóg techniczny nakazuje dysponować taką zgodą, gdy oferuje się spadochron hamujący inny niż PTK-29 i PTK-29SK, co jak ustaliła Izba nie jest niezbędne. Należy jednak zauważyć, iż proponowane przez Odwołującego brzmienie kwestionowanego postanowienia (wykreślenie wymogu - „dopuszczone do eksploatacji przez producenta samolotu”, zastąpienie - „dopuszczone do eksploatacji w samolotach Mig-29”) jest zbyt ogólnikowe. Oznaczać bowiem by mogło, że każdy spadochron hamujący eksploatowany gdziekolwiek w samolotach MiG-29 (niekoniecznie w Siłach Zbrojnych RP) mógłby być zaoferowany w postępowaniu na podstawie jakiegokolwiek dopuszczenia, pomimo iż zgodnie z regulacjami obowiązującymi w Siłach Zbrojnych RP nie mógłby być wykorzystany. Z taką wykładnią nie sposób się zgodzić, gdyż prowadziłaby do absurdalnego rezultatu zakupu sprzętu całkowicie nieprzydatnego do celu, dla którego zakup jest czyniony. Tym samym wykonawca (także Odwołujący, gdyż ustalono, że nie posiada on obecnie stosownego biuletynu technicznego), który na dzień składania ofert nie będzie posiadał dokumentów potwierdzających dopuszczenie oferowanego spadochronu hamującego do eksploatacji w Siłach Zbrojnych RP nie będzie mógł zaoferować swojego wyrobu, choćby był on eksploatowany w innych krajach w samolotach MiG-29 (chyba że wykaże inną podstawę dopuszczenia akceptowaną przez Zamawiającego). Tym samym zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez precyzyjne uregulowanie zasad i sposobu wykazania przez wykonawcę, iż oferowany spadochron hamujący jest dopuszczony do eksploatacji w samolotach MiG-29 znajdujących się na wyposażeniu lotnictwa Sił Zbrojnych RP, a zatem może być skutecznie

zaoferowany w niniejszym postępowaniu. Niewątpliwie ograniczenie się wyłącznie do zgody producenta samolotu nie ma uzasadnienia prawnego ani faktycznego, zaś obecna regulacja SIWZ nie daje wykonawcom jasnych wskazówek, jakie są w tym zakresie oczekiwania Zamawiającego z jednej strony, a możliwości wykonawców z drugiej. Zamawiający winien zatem w jasny i klarowny sposób określić, jakie okoliczności musi udokumentować wykonawca, aby Zamawiający uznał, iż może on zaferować spadochron hamujący inny niż spadochron hamujący PTK-29 (PTK-29SK).

15

W związku z nakazanymi modyfikacjami SIWZ niezbędne jest także uwzględnienie konsekwencji zmian dokonanych przez Zamawiającego w oparciu o pkt 1,2 i 3 sentencji w innych postanowieniach SIWZ, w tym załączniku nr 3 formularz ofertowy pkt 9 oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, które odwołują się do podlegającej zmianie treści.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

.....

16