

WYROK
z dnia 12 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2011 roku przez **ARLEN S.A., 00 215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Agencję Mienia Wojskowego, 04 – 470 Warszawa, ul. Marsa 110**.

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10** tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Jednostka Wojskowa 4226 prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są „Dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego w 2011 roku, tj.: ubrań ochronnych, kurtek ubrania ochronnego z ociepleniem, kurtek zimowych pracownika ochrony, ubrań zimowych czółgisty z podpinką, ubrań maskujących białych i mundurów polowych wzór 93" nr post. 71/M/MON/ZZŚM/PN/Z0/2011

Odwołujący ARLEN S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.: 7 ust. 1 i 3 w zw. z art.: 29 ust. 3 oraz 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na przyjęciu sposobu opisu przedmiotu zamówienia wskazującego wyłącznie na jednego wykonawcę przy jednoczesnym, faktycznym, braku możliwości złożenia oferty równoważnej, które w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji oraz wyboru wykonawcy zgodny z rygorami ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy, poprzez zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej zamawiającego z dwudniowym opóźnieniem w stosunku do daty publikacji ogłoszenia w Dz. U. UE.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, gwarantującej równy dostęp do udziału w postępowaniu z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej 2 dni i zapewnienie zachowania ustawowego terminu, w którym dla wykonawców winna być dostępna SIWZ

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, wysłał ogłoszenie do publikacji w dniu 16 czerwca 2011 roku, ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2011 r. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej 20 czerwca 2011 r.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający naruszył art. 42 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zgodnie z procedurą wynikającą z rygorów ustawy Prawo zamówień publicznych, SIWZ powinna być udostępniona począwszy od dnia w którym opublikowano ogłoszenie w Dz. U. UE. Ponadto Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy, gdyż pozostawił wykonawcom zbyt krótki termin dostępności do dokumentacji (SIWZ).

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w treści SIWZ zamieszczono opis przedmiotu zamówienia, który w ocenie Odwołującego, jest nieprawidłowy i sprzeczny z postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych. Opis zamówienia wskazuje bowiem na jednego wykonawcę. Wskazał

także na brak możliwości złożenia oferty równoważnej, ze względu na ochronę zaproponowanego rozwiązania patentem.

Zamawiający wymagał, aby opis przedmiotu zamówienia spełniał wymagania Wojskowych Dokumentacji Techniczno Technologicznych i był zgodny ze wzorem przedmiotu obowiązującym w Ministerstwie Obrony Narodowej. Przedmiot zamówienia opisany jest przez przywołane w WDTT wymagania dla materiałów zasadniczych określonych w Przedmiotowych Warunkach Technicznych oraz Warunkach Technicznych. W myśl zawartego wymagania wykonawca zobowiązany był dostarczyć przedmiot zamówienia wyprodukowany na podstawie WDTT oraz wzorów PZM potwierdzonych przez Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej (WOBW SM) do produkcji seryjnej.

Wojskowe Dokumentacje Techniczno Technologiczne (WDTT) stanowiły integralną część opisu przedmiotu zamówienia. Z treści opisu wynika, iż wykonawcy w procesie realizacji przedmiotu zamówienia, a przynajmniej jego części, zobowiązani będą zastosować trójwarstwowy laminat specjalny 3LS/1. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wskazany opis przedmiotu zamówienia pozwala stwierdzić, że jedyną tkaniną pozwalającą na zrealizowanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego będzie tkanina produkowana i dostarczana wyłącznie przez WL GORE pn.: GORETEX. Odwołujący podkreślił, że zaproponowane rozwiązanie techniczne chronione jest patentem i podlega ochronie zgodnie z przyjętą regulacją w tym względzie, wobec czego zapis zawarty w cz. III pkt 6 siwz oraz w pkt 9 Warunków Technicznych w zakresie możliwości złożenia oferty równoważnej traci swoje znaczenie. Zatem, w ocenie Odwołującego, tak przyjęty opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwia zastosowanie w celu wykonania zamówienia innych tkanin spełniających zbliżone, czy nawet te same warunki paraprzepuszczalności, jednakże różniące się budową konstrukcyjną czy składem surowcowym membrany i tkaniny bazowej, jak np.: BRETEX, SYMPATEX, PROLINE, WORKLINE, PORVAIR, itd.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wydając wyrok, Izba opiera się na zebranych w sprawie materiale dowodowym. W świetle

powyższych zasad, uznać należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił, iż Zamawiający naruszył art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie udowodnił, że tkanina, której cechy opisane zostały w dokumentacji Zamawiającego jest to określona tkanina, w szczególności Goretex, tak jak podniesiono w odwołaniu. Nie zostało to poparte żadnymi dowodami, ani poprzez dokumenty, badania, opinie, ani poprzez zeznania przesłuchanego świadka. Izba nie ma także pewności, czy parametry zawarte w SIWZ wskazują konkretną tkaninę. Zgodnie z przyjętą w art. 6 kodeksu cywilnego zasadą rozkładu ciężaru dowodu, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie z tą zasadą to Odwołujący obowiązany jest udowodnić naruszenie zasady uczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu nie wykazano, aby Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazywał, iż nie można przedmiotu zamówienia opisywać za pomocą cech technicznych. Izba zwraca uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych tak nie stanowi.

Ustawa prawo zamówień publicznych stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu temu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Ustawa zatem nie zabrania wskazania cech technicznych przedmiotu zamówienia. Mówi o patentach. Odwołujący twierdził jakoby tkanina WT3LS/1 objęta była patentem. Przede wszystkim podnieść należy, że Odwołujący nie powołał żadnych dowodów na tę okoliczność, a zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywał na Odwołującym. Co więcej, Odwołujący nie wykazał okoliczności, iż przedmiotowa tkanina została zgłoszona do objęcia patentem. Tym samym twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie, Izba uznała za nieudowodnione. Powyższe oznacza, że nie został udowodniony fakt, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą patentu. Tak więc nie można stwierdzić naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie Izba zauważa, że nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, iż zgodnie z prawem patentowym zakaz naśladownictwa obowiązuje od dnia złożenia wniosku o objęcie patentem. Odwołujący pomija bowiem podstawową okoliczność związaną z ochroną patentową: warunkiem powstania ochrony patentowej jest uzyskanie patentu.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy Prawo własności przemysłowej, pierwszeństwo do uzyskania patentu co do zasady oznaczane jest według daty zgłoszenia wynalazku w Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej. Z art. 63 ust. 1 ustawy Prawo własności przemysłowej wynika, iż przez uzyskanie patentu nabywa się prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast art. 63 ust. 3 tej ustawy stanowi, iż czas trwania patentu wynosi 20 lat od

dokonania zgłoszenia wynalazku w Urzędzie Patentowym.

Z powyższych uregulowań wynika, że ochrona patentowa rozciąga się na okres od dnia zgłoszenia wynalazku w Urzędzie Patentowym, jednakże warunkiem uzyskania tej ochrony jest uzyskanie patentu. Sam fakt zgłoszenia wynalazku w Urzędzie Patentowym nie oznacza, że patent na ten wynalazek zostanie udzielony, a w przypadku nieuzyskania patentu na zgłoszony wynalazek, wynalazek ten nie korzysta z ochrony, jaką przewiduje ustawa Prawo własności przemysłowej

Ponadto w niniejszym postępowaniu zamawiający uzasadnił potrzeby, jakimi kierował się przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał na specyfikę przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 29 ust. 3 ustawy, w tym szczególne potrzeby żołnierzy wykonujących trudne zadania w skrajnie nieprzyjaznych warunkach atmosferycznych w trakcie misji. W ocenie Izby okoliczności wskazane przez zamawiającego uzasadniają postawienie w opisie przedmiotu zamówienia szczególnych wymagań tkaninom oferowanym przez wykonawców.

Na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne w zakresie zastosowanych materiałów. O dopuszczeniu równoważności mowa jest zarówno w specyfikacji, jak również w odpowiedzi na pytanie nr 1, zdanie pierwsze. Wynika z niej, iż Zamawiający dopuszcza równoważne rozwiązanie, zgodnie z którym, zaproponowany materiał zostanie poddany badaniom laboratoryjnym w zakresie wymagań użytkowych wyszczególnionych w tablicy nr 2 (a więc w zakresie wymagań użytkowych – funkcjonalnych). Taki sposób postępowania wynika także z przedstawionej tabeli nr 7, gdzie przedstawiono, że w zakresie badań laboratoryjnych sprawdzone zostaną cechy materiału pod kątem spełnienia wymagań użytkowych. Badania takie wykonują laboratoria, co wynika z punktu 8.2.2 WDTT.

Odwołujący zarzucał, iż badania takie przeprowadza jednostka ściśle określona i wskazana przez Zamawiającego, tj. WOBWSM. Zdaniem Odwołującego takie wskazanie jest bezprawne. Odwołujący nie wskazał jednak żadnego przepisu prawa, który pozwalałby na przyjęcie, iż postępowanie Zamawiającego było w tym zakresie bezprawne. Nie można uznać naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy także w świetle powołanego przez Odwołującego orzeczenia ETS (bez podania daty, sygnatury oraz dokładnej sentencji tego orzeczenia) Odwołujący twierdzi, że powołane przez niego orzeczenia ETS za dyskryminujące w odniesieniu do równoważności uznaje wskazanie określonych rodzajów ośrodków. Podnieść należy, że orzeczenie to nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż Odwołujący nie udowodnił, aby wymogi Zamawiającego dotyczące badań laboratoryjnych mogły spełnić jedynie badania przeprowadzone przez wojskowe jednostki badawcze.

Z treści WDTT wynika jedynie, iż do badań, które stwierdzają równoważność jedynie kieruje

ww. jednostka. WOBWSM jedynie stwierdza konieczność wykonania badań typu. Z treści punktu 8.2.4 nie wynika, aby badania miały być przeprowadzone przez WOBWSM.

Z treści WDTT wynika wprost możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych, propozycje takie powinny być poddane badaniom typu. Zamawiający wyjaśnił, iż w skład takich badań wchodzi badania laboratoryjne użytkowe. Rodzaj i fakt przeprowadzanych badań nie był objęty zakresem odwołania i zarzutami Odwołującego.

Odwołujący wskazywał na konieczność wprowadzenia zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Poza stwierdzeniem, iż przedmiot zamówienia powinien dotyczyć cech funkcjonalnych, nie technicznych.

Twierdzeń Odwołującego nie potwierdziły zeznania przesłuchanego przez Izbę świadka. Świadek stwierdziła, iż w opisie przedmiotu zamówienia winny być rozszerzone wymagania techniczne. Nie wskazała jednak w jakim zakresie wymagania te powinny zostać rozszerzone, oraz które aktualne wymagania techniczne naruszają konkurencyjność, przepisy prawa. Wskazywała, iż usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia cech technicznych i ograniczenie tego opisu tylko do cech funkcjonalnych doprowadzi do możliwości spełnienia wymogów zamawiającego przez inne firmy oferujące tkaniny o innych cechach technicznych, jednak o tych samych cechach funkcjonalnych – użytkowych. Jednakże z drugiej strony świadek zeznała, iż zmiana wymagań technicznych może jednak zmienić cechy użytkowe. Z zeznań świadka powołanego na okoliczność wykazania dyskryminującego charakteru opisu przedmiotu zamówienia nie wynika więc, co stanowi naruszenie konkurencyjności oraz jaki dokładnie zakres zmian w opisie przedmiotu zamówienia prowadziłby do zwiększenia konkurencyjności przy zachowaniu potrzeb Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby fakt, że inne służby mundurowe korzystają z tkanin produkowanych przez producenta, którego pracownikiem jest świadek nie oznacza, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter dyskryminujący. Jak wspomniano powyżej, opis przedmiotu zamówienia został opracowany z uwzględnieniem szczególnych potrzeb i charakteru pracy wojska, które jest jednostką o zupełnie innym charakterze niż policja czy poczta.

Fakt dopuszczenia równoważności w zakresie możliwości oferowania innych materiałów oznacza, iż procedura oceny tej równoważności będzie miała miejsce po zaoferowaniu tych materiałów. Wynika to z samej cechy równoważności.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut odwołującego dotyczący naruszenia artykułu 42 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Odwołujący wskazywał na równoczesność. W ustawie brak takiego wyrażenia. Odwołujący nie objął przedmiotem zaskarżenia art. 43 ustawy, który określa terminy minimalne

do składania ofert. Nie można uznać, iż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż określony w niniejszym postępowaniu termin składania ofert jest zbyt krótki, niezgodny z ustawą. Tym bardziej, iż Zamawiający przesłał ogłoszenie do opublikowania (a więc dokonał czynności, od której liczony jest termin do wyznaczenia terminu do składania ofert) znacznie wcześniej niż w najkrótszym możliwym terminie przewidzianym w ustawie. Tym samym Odwołujący nie wykazał, jakie skutki dla prowadzonego postępowania wywołałoby naruszenie art. 42 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....