

**Sygn. akt KIO 16/16**

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2016 r. przez UNIFEQ Europe Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie

przy udziale wykonawców Arlen S.A. w Warszawie, Grupa Konfeksjoner - "Bartex" Sp. z o.o. w Chrzanowie, Tailor Sp. z o.o. w Dzierżoniowie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża UNIFEQ Europe Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez UNIFEQ Europe Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie (poprzednio: Jednostka Wojskowa nr 4226) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku (ubrania ochronne). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 grudnia 2015 r. pod numerem 2015/S 250-457112. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) została udostępniona na stronie internetowej 28 grudnia 2015 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

5 stycznia 2016 r. UNIFEQ Europa Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie 7 ust. 1 oraz art. 43 ust. 1 i 2 Pzp. Wskazał, że ustalony w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja IV pkt 3.4) oraz w SIWZ (Rozdział XI pkt 1) termin składania ofert - 22 lutego 2016 r., godz. 8.00 - jest zbyt krótki w kontekście zawartego w Sekcji III pkt 1.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 6.2 SIWZ wymogu złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym, w postaci aktualnego zaświadczenia (z datą późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta WOBWSM) wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (Wojskowy Ośrodek Badawczo - Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi - „WOBWSM”), a tym samym uniemożliwia wykonawcom złożenie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 4 tygodnie, tj. do dnia 21 marca 2016 r. zaś, w razie upływu terminu składania ofert przed wydaniem wyroku przez Izbę - unieważnienie postępowania. Wnosił również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż wynikający z art. 43 ust. 1 Pzp czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty powinien być wydłużony przez zamawiającego w stosunku do minimum wynikającego z ustawy, aby umożliwić wykonawcom

zainteresowanym zamówieniem uzyskanie dokumentów, których wydanie nie następuje niezwłocznie. Podniósł, że uzyskanie zaświadczenia WOBWSM w przypadku przedmiotowego zamówienia, które obejmuje dostawy ubrań ochronnych wzór 128Z/MON (kurtka ubrania ochronnego, ocieplacz pod kurtkę ubrania ochronnego, spodnie ubrania ochronnego) oznakowanych flagą RP wzór 814A/MON, wykonanych z trójwarstwowego laminatu specjalnego 3LS/1 - wynosi nie mniej niż 3 miesiące. W tym czasie wykonawca musi przygotować i wykonać sam wzór - przędzę, materiał, konfekcjonowanie (ok. 2 miesiące) oraz zlecić wykonanie badań (ok. 1 miesiąc) i wnieść o zatwierdzenie wzoru przez WOBWSM (ok. 10 dni).

Odwołujący wskazał, że zamawiający wprawdzie przedłużył termin składania ofert do 61 dni, jednak czas ten to jedynie połowa okresu potrzebnego do uzyskania zaświadczenia.

Wykonawcy Arlen S.A. w Warszawie, Grupa Konfeksjoner - "Bartex" Sp. z o.o. w Chrzanowie oraz Tailor Sp. z o.o. w Dzierżonowie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba postanowiła oddalić opozycje odwołującego wobec zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego Arlen S.A. w Warszawie i Grupy Konfeksjoner - "Bartex" Sp. z o.o. w Chrzanowie.

Odwołujący wywodził, że skoro wykonawcy ci mogą złożyć ofertę w terminie ustalonym przez zamawiającego, to przedłużenie terminu składania ofert nie ma dla znaczenia dla możliwości złożenia oferty. W konsekwencji Arlen S.A. i Grupa Konfeksjoner - "Bartex" Sp. z o.o. nie mają interesu w oddaleniu odwołania.

Izba nie zgodziła się z tym stanowiskiem. Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp wykonawcy zgłaszający przystąpienie mają posiadać nie interes w uzyskaniu zamówienia, lecz jedynie interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują.

Przystępujący wykonawcy wskazali, że mogą złożyć ofertę w terminie ustalonym przez zamawiającego, a wymagania SIWZ nie naruszają prawa. Ponadto Arlen S.A. wskazał, że wydłużenie terminu składania ofert spowoduje, że czas na wykonanie umowy będzie zbyt krótki. Umowy. Okoliczności te, powołane w zgłoszonych przystąpieniach,

stanowią w ocenie Izby wystarczające wywiedzenie interesu w uzyskaniu tego rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba uznała, że w granicach pojęcia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego mieści się sytuacji, w której wykonawcy zainteresowani zamówieniem dążą do utrzymania terminu składania ofert, będącego przeszkodą do ubiegania się o zamówienie przez ich konkurenta.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Treść kwestionowanego postanowienia SIWZ została prawidłowo powołana w uzasadnieniu odwołania.

4 stycznia 2016 r. zamawiający przedłużył ten termin do dnia 22 lutego 2015 r., godz. 8.00. Wskazał, iż w jego ocenie okres czasowy od momentu ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do otwarcia ofert ustalonego pierwotnie na 8 lutego 2016 r., godz. 10.00, jest wystarczający do wykonania wzoru ubrania ochronnego wraz z kompletem badań laboratoryjnych niezbędnych do przedstawienia wzoru do oceny w WOBWSM. Jednak mając na względzie złożoność konstrukcji oraz technologię wykonania ubrań ochronnych, zamawiający przesunął termin o 14 dni (wyjaśnienie treści SIWZ oraz zmiana treści SIWZ, pisma z 4 stycznia 2016 r., kopie w aktach sprawy).

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przed wszystkim Izba dostrzegła, że koniczność złożenia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym - aktualnego zaświadczenia (z datą późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta WOBWSM) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości WOBWSM nie jest kwestionowany, dokument ten jest zatem zamawiającemu niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Kolejno Izba zważyła, że art. 43 ust. 1 Pzp nie znajduje zastosowania w sprawie. Przepis ten nakazuje zamawiającemu wyznaczenie terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym, że w przypadku dostaw termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zastosowanie art. 43 ust. 1 Pzp jest jednak ograniczone do postępowań o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Tymczasem wartość przedmiotu zamówienia

zgodnie z protokołem postępowania (kopia w aktach sprawy) wynosi 67.415.740 zł. Do postępowań o takiej wartości odnosi się art. 43 ust. 2 Pzp stanowiący, że termin składania ofert w zależności od sposobu przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie może być krótszy niż 40 albo 47 dni.

Termin wyznaczony przez zamawiającego spełnia wymagania art. 43 ust. 2 Pzp, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji 23 grudnia 2015 r., zamawiający nie dopuścił się więc jego naruszenia.

Różnica w brzmieniu art. 43 ust. 1 i art. 43 ust. 2 Pzp – wskazanie w pierwszym z nich obowiązku uwzględnienia czasu niezbędnego na przygotowanie oferty – wynika z bardzo krótkiego minimalnego terminu na złożenie ofert i daje możliwość zapewnienie konkurencyjności postępowaniu o niższej wartości.

W konsekwencji Izba zważyła, że zamawiający w postępowaniu o wartości przewyższającej tzw. progi unijne nie jest zobowiązany uwzględniać czasu niezbędnego na przygotowanie oferty, to jednak ustalony przez zamawiającego termin składania ofert może podlegać kontroli z pod względem zachowania zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym – wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp i wskazanych przez odwołującego – zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego zamawiający powinien umożliwić udział w postępowaniu wszystkim zainteresowanym wykonawcom, zatem termin składania ofert powinien uwzględniać również okres niezbędny na przygotowanie tkaniny, z której ma być uszyta zamawiana odzież.

Izba nie zgadza się z tym poglądem.

Przede wszystkim postulat równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie oznacza obowiązku zamawiającego takiego przygotowania postępowania, by mogli wziąć w nim udział wszyscy wykonawcy działający w danej branży.

O istnieniu konkurencji w badanym postępowaniu świadczy to, że już na etapie publikacji SIWZ ujawniło się trzech wykonawców spełniających wymagania zamawiającego. To, że odwołujący nie może wziąć udziału w postępowaniu nie oznacza, że doszło do złamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie podzielono również poglądu, że zamawiający był zobowiązany do uwzględnienia czasu koniecznego dla przygotowania tkanin.

Zamawiający i przystępujący wskazywali, że na rynku polskim działa co najmniej dwóch producentów tkanin posiadających wymagane certyfikaty, wykonawcy tacy działają również na rynku europejskim. Stąd wykonawca, który zamierza wziąć udział w

postępowaniu może albo próbować uzyskać certyfikaty dla nowych tkanin, albo wykorzystać produkty istniejące na rynku i umożliwiające spełnienie wymagań zamawiającego.

Odwołujący próbował przeprowadzić dowód na okres czasu niezbędny dla procesu certyfikacji tkanin, jednak nie wykazał, aby druga z omawianych możliwości nie była dla niego dostępna.

Skoro niesporne jest, że wykonanie badań trwa ok. 1 miesiąca a zatwierdzenie wzoru przez WOBWSM ok. 10 dni, brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie może uzyskać niezbędnego zaświadczenia. Izba uwzględniła, że dla uzyskania zaświadczenia wykonawca może posłużyć się wynikami badań laboratoryjnych z okresu ostatnich 24 miesięcy. Wynika to z Instrukcji oceny i potwierdzenia zgodności, którą odwołujący załączył do odwołania.

Brak jest więc jakichkolwiek podstaw by żądać od zamawiającego umożliwienia przeprowadzenia badań laboratoryjnych tkanin po wszczęciu postępowania a przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający ustalając w wymóg złożenia stosownych dokumentów nie jest zobowiązany każdorazowo zweryfikować, czy każdy z wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem może dysponować tymi dokumentami już w momencie opublikowania SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu oraz uwzględnić jaki czas potrzebny jest na uzyskanie danego rodzaju dokumentów.

W wielu przypadkach, a tak jest w badanym postępowaniu, gdzie odwołujący miał lub mógł uzyskać dostęp do wiedzy umożliwiającej mu uzyskanie zaświadczenia, to od zapobiegliwości wykonawcy zależy, czy będzie mógł złożyć ofertę w postępowaniu. Profesjonalna działalność gospodarcza wymaga podwyższonego modelu staranności obejmującego również gotowość poniesienia kosztów dla zapewnienia możliwości ubiegania się o zamówienie.

Izba stwierdziła zatem, że termin składania ofert ustalony przez zamawiającego w związku z obowiązkiem złożenia wraz z ofertą aktualnego zaświadczenia (z datą późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta WOBWSM) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (Wojskowy Ośrodek Badawczy - Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi - „WOBWSM”) nie narusza art. 43 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....