

Sygn. akt KIO 2205/19

WYROK
z dnia 15 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2019 przez wykonawcę ARLEN S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Odzieżowe "DRWAL" A.Z. we Włocławku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża ARLEN S.A. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ARLEN S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od ARLEN S.A. w Warszawie na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Zielonej Górze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa uszycia/wykonania i dostawy składników umundurowania funkcjonariuszy Służby Celno-Skarbowej zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 27 września 2018 r. (t.j. Dz.U z 2018 poz. 1856) - postępowanie II. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2019 roku pod numerem 2019/S 197-478973. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

31 października 2019 wykonawca ARLEN S.A. w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „siwz”, stanowiących modyfikację wymagań wobec przedmiotu zamówienia w stosunku do opisu załączonego do siwz w chwili jej publikacji w zakresie części I oraz II.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy zw. z art. 38 ust. 4 ustawy przez wskazanie w toku wyjaśnień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia parametrów tego przedmiotu, które nie były ujęte w pierwotnej treści siwz, a które prowadzą do tego, że ostateczne wymogi zamawiającego godzą w zasady uczciwej konkurencji i wskazują w praktyce na jedyne go producenta materiałów (jedyne materiały) i jedyne go wykonawcę w tym postępowaniu;
2. art. 38 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 4 i 19 datowanej na 29 października 2019 w sposób naruszający wskazane przepisy;
3. art. 38 ust. 6 ustawy przez zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert, mimo iż wprowadzone zmiany co do wymagań wobec materiałów, z których mogą być wykonane poszczególne wyroby wymaga uzgodnienia z jedynym producentem takiego materiału terminów dostaw.

Odwołujący żądał nakazania zamawiającemu skreślenia treści odpowiedzi na pytania nr 4 i 19 i pozostawienie bez zmian modyfikowanych wskutek tych odpowiedzi postanowień siwz. Alternatywnie wniósł o:

1. W przypadku pytania nr 4 oraz 13 - przyjęcie w każdym z tych przypadków parametru RET na poziomie właściwym dla tego rodzaju ubiorów tj. odpowiednio nie więcej niż

14 m²/Pa/W dla kurtek służbowych w kolorze szarozielonym oraz parametru RET nie więcej niż 14 m²/Pa/W dla spodni służbowych, zimowych, przy użyciu membrany PU. Natomiast, jeśli dopuszczone będą inne rodzaje membran, np. PTFE lub PE, Ret nie więcej niż 10;

2. W przypadku pytania 19 - nakazanie udzielenia odpowiedzi, że zgodnie z pkt 3.13 ppkt 17, wzór poglądowy nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, a dostarczane produkty mają być zgodne z dokumentacją techniczno-technologiczną co do rodzaju i cech materiałów;
3. W przypadku zarzutu 3 dotyczącego terminu - nakazanie wydłużenia terminu składania ofert o 3 miesiące w stosunku do aktualnie przewidzianego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający udzielając zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego sporządził opis przedmiotu zamówienia, który wraz z siwz udostępnił w dacie publikacji ogłoszenia tj. 11 października 2019 r. OPZ o pierwotnej treści nie naruszał zasad sporządzania wymagań, co do przedmiotu zamówienia. Jednakże wskutek wniosku o wyjaśnienie treści siwz zamawiający zmodyfikował OPZ w taki sposób, że po tych zmianach w praktyce wszyscy wykonawcy (poza pytającym) zostali wyeliminowani z możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu w częściach, których dotyczyły odpowiedzi na pytania nr 4 i 19, tj. część I i II.

Wskazał, że w pierwotnej treści SIWZ zamawiający nie żądał, by kurtka służbowa w kolorze szarozielonym tj. składnik części I zamówienia posiadała jakikolwiek parametr RET. Stan faktyczny w tym przypadku jest niesporny i jest tak samo rozumiany przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia - tego wymogu nie było w pierwotnej wersji SIWZ, na co wskazuje zarówno treść pytania nr 4, jak i treść odpowiedzi na to pytanie. W odpowiedzi na pytanie nr 4 (udzielonej w dniu 25 października 2019 r.), zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań technicznych dla tkaniny zasadniczej produktu - Kurtka służbowa w kolorze szarozielonym, dodał parametr Ret o wartości „nie więcej niż 3m²Pa/W.

Odwołujący zarzucił, że uzupełnienie wymagań zamawiającego o ten parametr narusza zdaniem odwołującego art. 29 ust 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Opis przedmiotu zamówienia w części I „Kurtki i bluzy” po wprowadzeniu zmiany eliminuje z możliwości złożenia oferty wszystkich wykonawców, którzy stosują tkaniny używane powszechnie przez służby mundurowe do tego rodzaju kurtek, poza jednym wykonawcą, który uczestniczył w przygotowaniu tzw. wzorca poglądowego.

Wskazał, że podobnie w części II dla asortymentu spodnie służbowe zimowe w odpowiedzi na pytanie nr 13 dodano parametr RET nie więcej niż 3m²Pa/W. Podobnie jak w przypadku kurtki zimowej to wymaganie po wprowadzeniu zmiany z dnia 25.X. eliminuje z

możliwości złożenia oferty wszystkich wykonawców, którzy stosują tkaniny używane powszechnie przez służby mundurowe do tego rodzaju kurtek, poza jednym tj. wykonawcą, który uczestniczył w przygotowaniu tzw. wzorca poglądowego, co narusza art. 29 ust 2 Pzp. Dodatkowo odwołujący podniósł, że zamawiający dopuszcza się w tym przypadku naruszenia art. 29 ust. 1 tj. niejednoznacznie opisuje wymagania, gdyż w odpowiedzi na pytanie nr 13 wartość parametru RET określa na nie więcej niż 3, podczas gdy w tabeli załączonej do Wyjaśnień „Wszystkie zmiany/sprostowania w dokumentacji Techniczno-Technologicznej” parametr Ret jest określony jako wartość „nie więcej niż $3\text{m}^2/\text{Pa}/\text{W}$ ”.

Analogiczny zarzut niemożności osiągnięcia przez wykonawców innych niż twórca wzoru poglądowego i niezasadnego zawyżenia parametru RET odwołujący podniósł wobec wyrobu Kurtka służbowa typu softshell w kolorze szarzielonym (w części II zamówienia). Wywiódł, że określono go również na poziomie nie więcej niż $3\text{m}^2/\text{Pa}/\text{W}$, podczas gdy tkaniny stosowane do wykonywania takich wyrobów mundurowych nie osiągają tego parametru, co pozostawia możliwość uzyskania zamówienia jedynie wykonawcy wzoru poglądowego. Odwołujący wskazał, że także w tym przypadku dochodzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach siwz z 25.10.2010 r, w odpowiedzi na pytanie nr 13 zamawiający określił parametr Ret na wartość nie więcej niż $3\text{m}^2/\text{Pa}/\text{W}$, tymczasem w tabeli załączonej do wyjaśnień „Wszystkie zmiany/sprostowania w dokumentacji Techniczno-Technologicznej” parametr Ret jest określony jako wartość „nie więcej niż $5\text{m}^2/\text{Pa}/\text{W}$ ”.

Kolejno odwołujący podniósł, że w punkcie 3.13. ppkt 2) pierwotnej siwz zamawiający przesądził, że wykonawca do realizacji zamówienia użyje materiałów i dodatków własnych, zgodnych z dokumentacją techniczno-technologiczną, rozporządzeniem oraz poglądowymi wzorami będącymi w dyspozycji zamawiającego, zaś w pkt 3.1.3. ppkt 17) wskazał, że wzory poglądowe nie są wiążące - pisząc: „Zamawiający posiada wzory składników umundurowania, które z uwagi na dokonane zmiany w dokumentacji techniczno-technologicznej mają jedynie charakter poglądowy”. W dalszej części tego ppkt zamawiający objaśnił, że obejrzenie tych wzorów nie jest obowiązkiem wykonawcy, a jednocześnie informacji o tych wzorach nie zawarł w OPZ. Ta konstrukcja SIWZ w sposób jednoznaczny wskazywała, że „wzory poglądowe” znalazły swe odzwierciedlenie w „dokumentacji techniczno-technologicznej” która znajduje zastosowanie do wykonania przedmiotu zamówienia. Ten jednoznaczny charakter postanowień SIWZ zamawiający zmodyfikował jednak odpowiedzią na pytanie nr 19, gdzie wskazał, że wymaga, aby „cała produkcja realizowana w ramach zamówień była wykonana z materiałów tożsamyh z użytymi do wykonania wzorów poglądowych zamawiającego”.

Odwołujący zarzucił, że żądanie „tożsamości materiałów” z tym, który był użyty do wykonania wzoru poglądowego, oznacza, że musi to być dokładnie ten sam materiał.

Tożsamy oznacza bowiem taki sam tj. niedopuszczalne są jakiegokolwiek różnice. Wskazał, że na rynku brak jest dwóch materiałów w pełni identycznych i zamawiający, który otrzyma ofertę (lub w trakcie realizacji zamówienia otrzyma produkt) z innym materiałem - odrzuci ją lub odmówi przyjęcia przedmiotu zamówienia z racji niezgodności z OPZ.

Zdaniem odwołującego w ten sposób zamiast wymagań z dokumentacji techniczno-technologicznej - obowiązujące stały się nigdy nie opisane cechy tożsame do tych, jakie posiada materiał użyty do wykonania wzoru poglądowego.

Zdaniem odwołującego art. 38 ust. 6 ustawy został naruszony w sposób rażący, gdyż pozostawienie wykonawcom kilkunastu dni na wyszukanie producenta materiału o wymaganym parametrze RET i uzgodnienie z nim terminów i warunków dostaw tkanin jest niemożliwe. Producent ten (w ocenie odwołującego jedyny) może narzucać długie terminy dostaw ze względu na zwiększone zapotrzebowanie na materiał. Samo znalezienie wytwórcy jest więc czasochłonne i wymaga dodatkowego terminu. Ustalenie zasad i terminów dostaw materiału to konieczny czas dodatkowy - łącznie więc jest to czas wskazany w żądaniu.

Wykonawca A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Odzieżowe "DRWAL" A.Z. we Włocławku przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zakres rozpoznania odwołania ograniczony został do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia parametru Ret o wartości 3 m²/Pa/W oraz zarzutu zaniechania wydłużenia terminu składania ofert będącego zarzutem alternatywnym w razie niewykreślenia tego parametru z OPZ. Zamawiający przed otwarciem posiedzenia zmienił postanowienia siwz ustalając parametr Ret o wartości 5 m²/Pa/W oraz poglądowy charakter wzoru. Na posiedzeniu zamawiający złożył dodatkowo oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu.

Izba ustaliła, co następuje:

Okoliczności faktyczne sporu - treść odpowiedzi wyjaśniających treść siwz - zostały powołane w uzasadnieniu odwołania zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, ich ponowne przytaczanie przez Izbę jest zbędne.

Materiał dowodowy należy uzupełnić jedynie w zakresie dowodów złożonych przez strony na rozprawie.

Odwołujący złożył wyciągi z dokumentacji postępowań na asortyment rodzajowo podobny prowadzony przez innych zamawiających. Wynika z nich, że w umundurowaniu dla Komendy Głównej Policji Ret wynosi dla kurtek nie więcej niż $20 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$, w ubraniu ochronnym dla wojska Ret ma być nie większy niż $8 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$, dla funkcjonariuszy Straży Granicznej Ret jest nie większy niż $12 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$, dla Służby Ochrony Państwa nie większy niż 12, a dla Służby Kontrwywiadu Wojskowego Ret jest wymagany nie większy niż $10 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$.

Złożył również kopie korespondencji mailowej, w której firmy Concordia, Miranda, Camela, Trans-Textil GmbH oraz kopię odpowiedzi OPTEX S.A., w której przedstawiciele tych firm oświadczyli, że nie dysponują materiałami o parametrze Ret o wartości $3 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$. Ponadto w odrębnych mailach firmy Concordia i Miranda potwierdziły, że nie dysponują materiałami o parametrze Ret o wartości $5 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$.

Odwołujący zwrócił się również o źródło zakupu tkanin spełniających wymogi zamawiającego do przystępującego, który wykonał wzory zamawianej w tym postępowaniu odzieży. Nie otrzymał odpowiedzi.

Zamawiający złożył wydruk z dokumentacji technicznej firmy Alpex Protection oraz raport Hohenstein Laboratories GmbH & Co. KG. Nie zostały one uwzględnione w charakterze materiału dowodowego z powodu braku tłumaczenia na język polski. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2019 r. poz. 1092) dokumenty sporządzone w języku obcym strona, która się na nie powołuje, składa do akt sprawy wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zamawiający złożył również świadectwa z badań wykonanych na zlecenie przystępującego przez Instytut Włókiennictwa, z których wynika, że parametr Ret dla wyrobu NeoShell wynosi $2,78 \pm 0,36 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$, a dla wyrobu Power Shield Pro (Softshell) – $4,14 \pm 0,12 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$.

Z artykułu opublikowanym w publikacji Techniczne Wyroby Włókiennicze z roku 2010 wynika, że prace prowadzone nad doskonaleniem technologii materiałów do odzieży paroprzepuszczalnej i konkurencja producentów powoduje, że są one coraz bardziej dostępne na rynku, a ich parametry osiągają wartości przekraczające w zakresie wodoszczelności – $80.000.000 \text{ Pa}$, przy oporze pary wodnej Ret mniejsze lub równy $2 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$. Według powołanej klasyfikacji dokonanej przez Instytut Hohenstein – paroprzepuszczalność na poziomie bardzo dobrym to Ret mniejszy równy $5 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$, na poziomie dobrym to to Ret w wysokości od 5 do $20 \text{ m}^2/\text{Pa/W}$.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podzieliła pogląd odwołującego, że czynność wyjaśnienia treści siwz stanowi podstawę wniesienia odwołania, o której stanowi art. 180 Pzp. Jest to szczególnie widoczne w okolicznościach badanego postępowania, gdzie wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego 25 października 2019 r. zmieniły opis przedmiotu zamówienia, ustalając wymagania co do jego jakości, nie zawarte w opisie istniejącym w dacie wszczęcia postępowania. W związku z tym opis przedmiotu zamówienia ukształtowany przez wyjaśnienia podlega regułom wynikającym z art. 29 Pzp.

Okoliczności faktyczne nie są sporne. Przedmiotem sporu jest w pierwszej kolejności, czy wyjaśnienia zamawiającego spowodowały opis przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny i naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Badając ten spór Izba w pierwszej kolejności uznała prawo zamawiającego do wymagania przedmiotu zamówienia o wysokich standardach jakościowych, sięgania po rozwiązania najlepsze z dostępnych na rynku. W okolicznościach sporu biorąc pod uwagę warunki pracy funkcjonariuszy KAS, pracy wykonywanej często w terenie, w różnych warunkach pogodowych, wymaganie parametru paroprzepuszczalności na poziomie bardzo dobrym i to według stanu wiedzy oraz rynku istniejącego, przed 9 laty jak wynika z załączonego artykułu, nie jest żądaniem nieuzasadnionym i nadmiernym. W tej mierze Izba nie uznała za przekonujące dowodów z fragmentów dokumentacji postępowania złożonego przez odwołującego. Po pierwsze, potwierdzają one wymagania innych zamawiających, według ich indywidualnych potrzeb oraz stanu wiedzy i oczekiwań, więc nie mają bezpośredniego znaczenia dla oceny działania zamawiającego w tym postępowaniu. Po drugie, w części z nich brak daty wszczęcia postępowania oraz nie wiadomo w jakiej dacie powstała specyfikacja techniczna zamawianej odzieży.

Kolejno stwierdzić należy, że odwołujący nie udowodnił, aby wymaganie zamawiającego miało charakter dyskryminacyjny, w szczególności powodowało, że ofertę może złożyć wyłącznie przystępujący.

Przede wszystkim dostrzec trzeba, że przystępujący nie jest producentem materiału niezbędnego do realizacji zamówienia. Kwestia paroprzepuszczalności (potocznie „oddychania tkaniny”) nawet, jeśli nie uznać jej za wiedzę powszechnie dostępną, to z całą pewnością jest wiedzą, którą dysponują osoby uprawiające sport lub turystykę, a także wiedzą bez trudu osiągalną w dostępnych źródłach. Rozwiązanie to nie jest stosowane nie wyłącznie przez wymienioną na rozprawie Gore-Tex, ale również Pertex, eVent, Sympatex oraz Polartec NeoShell.

W tej sytuacji od odwołującego należało oczekiwać, że wykaże, że rozwiązania stosowane przez te firmy nie zapewniają osiągnięcia parametru Ret na wymaganym poziomie. Odwołujący nie podjął nawet próby w tym kierunku. Z korespondencji mailowej wynika jedynie, że podmioty, do których zwrócił się odwołujący nie są w stanie spełnić wymagania zamawiającego, co jest niewystarczające dla uznania zarzutu za udowodniony.

Zarzut dotyczący zbyt krótkiego terminu składania ofert pozostał całkowicie gołosłowny. Nie jest obowiązkiem zamawiającego ustalanie terminu składania ofert tak, by umożliwić złożenie oferty wszystkim podmiotom potencjalnie zainteresowanym udziałem w postępowaniu, a do tego zdaje się zmierzać odwołujący.

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 z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: