

**WYROK**

**z dnia 24 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A. Z., Zakłady Przemysłu Wełnianego TOMTEX S.A., (ul. Sterlinga 27/29 bud. B, 90-212 Łódź)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie, (ul. Marsa 110, 04-740 Warszawa)**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ poprzez:
  - 1) precyzyjne określenie zakresu i warunków, od spełnienia których będzie zależało skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji,
  - 2) wprowadzenie do treści postanowień SIWZ postanowienia o udostępnieniu wykonawcom próbki poszczególnych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia lub określenie koloru za pomocą obiektywnej metody oceny koloru (np. CIElab, współczynnik delta),
  - 3) w konsekwencji przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej 2 tygodnie,
  - 4) precyzyjne wyszczególnienie w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej elementów, które Zamawiający uzna za odpowiadające przedmiotowi zamówienia (w zakresie przeznaczenia i funkcji)
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie, (ul. Marsa 110, 04-740 Warszawa)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A. Z., Zakłady Przemysłu Wełnianego TOMTEX S.A.**, (ul. Sterlinga 27/29 bud. B, 90-212 Łódź) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie**, (ul. Marsa 110, 04-740 Warszawa) na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A. Z., Zakłady Przemysłu Wełnianego TOMTEX S.A.**, (ul. Sterlinga 27/29 bud. B, 90-212 Łódź) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania tj. mundury, spodnie, bluzy, kurtki, peleryny, płaszcze w 2017 roku z podziałem na 19 części (zadań)”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 23/12/2016 r., 28/12/2016 pod numerem 2016/S 250-460681.

Odwołujący - Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A. Z. Zakłady Przemysłu Wełnianego TOMTEX S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przedmiotem zamówienia jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania tj.: mundury, spodnie, bluzy, kurtki, peleryny, płaszcze w 2017 roku z podziałem na 19 części (zadań).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1, w zw. z art. 34 ust. 5 Pzp poprzez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, tj. bez wskazania warunków i rozmiaru poszczególnych opcji, co uniemożliwia najkorzystniejszą dla zamawiającego wycenę oferty oraz powoduje rażące naruszenia zasady uczciwej konkurencji; art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a i ust. 1b ppkt 3 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, jak i poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ konkretyzacji warunków udziału dotyczących wymagań w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej wykonawców w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak i poprzez postawienie warunków, które wprost preferują dotychczasowych dostawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców także zdolnych do jego realizacji; art. 7 ust. 1 Pzp poprzez preferowanie wykonawców, którzy obecnie realizują na rzecz Zamawiającego analogiczne zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, zmiany treści

ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, przekazania zmiany SIWZ wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieszczenie zmiany SIWZ także na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana, zmiany ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieszczając sprostowanie lub ogłoszenie zmian, przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy, tj. o co najmniej 3 miesiące od daty udostępnienia próbek tkanin i określenia koloru metodą CIElab, wg PN-EN ISO 105- J01:2002, Tekstylnia - Badania odporności wybarwień - Część J01: ogólne zasady pomiaru barwy powierzchni; PN-EN ISO 105-J03:2009, Tekstylnia - Badanie odporności wybarwień - Obliczanie różnic barwy).

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1, w zw. z art. 34 ust. 5 Pzp poprzez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, tj. bez wskazania warunków i rozmiaru poszczególnych opcji, co uniemożliwia najkorzystniejszą dla zamawiającego wycenę oferty oraz powoduje rażące naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w sekcji II pkt 11.1.4) ogłoszenia oraz w Rozdział III pkt 6 SIWZ postanowił: „Zamawiający przewiduje prawo opcji w zakresie zadań nr: 7, 13 i 19. Prawo opcji oznacza, iż Zamawiający na pewno zakupi ilość gwarantowaną, natomiast Zamawiający przedstawi ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji najpóźniej do dnia 30.9.2017 r., wraz ze skorygowanym planem dostaw oraz specyfikacją rozmiarową. Wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniono w załącznikach nr: 1, 9 i 10 do SIWZ, która zostanie zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.”

W myśl art. 34 ust. 5 Pzp, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji, co oznacza że zamawiającemu jest znany maksymalny poziom opcji. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający „w tym postępowaniu Zamawiający „ukrył” tę newralgiczną przy tej instytucji informację”.

Odwołujący wskazał, że: „Jeżeli uwzględnić pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, w których Odwołujący wskazuje, że Zamawiający preferuje dotychczasowych producentów umundurowania, to wielce prawdopodobna będzie sytuacja, że jeśli przetarg wygra firma spoza preferowanego kręgu, to w ogóle nie otrzyma zamówienia w ramach prawa opcji lub w symbolicznym rozmiarze. Jeśli zaś przetarg wygra preferowana firma, to po pierwsze z pewnością Zamawiający skorzysta z prawa opcji, a po drugie, w świetle obecnej treści SIWZ, opcja może przekraczać zamówienie podstawowe i to nawet wielokrotnie, co jest sprzeczne z ideą tego narzędzia.”

Dalej Odwołujący argumentował, że obowiązek precyzyjnego opisanie zakresu, jakiego

prawo opcji dotyczy, oznacza obowiązek precyzyjnego opisanie nie zaś jedynie zasygnalizowania bliżej niezidentyfikowanej możliwości. Zamawiający nie jest tu zwolniony z obowiązku nałożonego art 29 ust. 1 i 2 Pzp. Dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy, wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, na jakich zasadach i w jakim rozmiarze, co w tym postępowaniu nie zostało uczynione. Przepisy ustawy są tu jasne i stanowcze, zatem nie istnieje możliwość przerzucania ryzyka oszacowania ceny oferty na wykonawcę, tym bardziej że tak jak w tym przypadku jest to ewidentny mechanizm zakłócający uczciwą konkurencję.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zamawiający w sekcji V pkt V.3 ppk 9 1) ogłoszenia wskazał: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymaga się złożenia: aktualnego zaświadczenia (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo- Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi)”.

Odwolujący zauważył, że nieco odmiennie od treści ogłoszenia zamawiający ukształtował treść SIWZ, gdyż w rozdziale V pkt 6.1 SIWZ postanowił: „6.1 aktualnego zaświadczenia (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi) potwierdzającego, iż oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny ze wzorem przedmiotu (wykonanym według Wojskowej Dokumentacji Techniczno - Technologicznej), znajdującym się w Wojskowym Ośrodku Badawczo- Wdrożeniowym Służby Mundurowej w Łodzi - § 13 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126)”, dokumentacjami oraz wzorami przedmiotów umundurowania i wyekwipowania”, dostępną na stronie internetowej ośrodka w terminie 16 dni roboczych od dnia złożenia stosownego wniosku.”

W konsekwencji powyższego zamawiający wymaga w rozdziale VII pkt 2.5 SIWZ: „2.5. W

celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymaga się złożenia: 2.5.1. aktualnego zaświadczenia (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi) potwierdzające, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez Zamawiającego specyfikacjom technicznym.

Wydawanie zaświadczeń realizowane jest przez WOBWSM zgodnie z „Instrukcją oceny i potwierdzania zgodności zakładowych wzorów z zatwierdzonymi wojskowymi dokumentacjami oraz wzorami przedmiotów umundurowania i wyekwipowania”, dostępną na stronie internetowej ośrodka w terminie 16 dni roboczych od dnia złożenia stosownego wniosku.”.

Odwołujący wskazał na niezgodność treści ogłoszenia z treścią SIWZ. Wnosił o jej usunięcie. Wskazał także, że obydwa dokumenty zostały upublicznione w dniu 28 grudnia 2016r., zaś ww. Instrukcja została zatwierdzona dopiero w dniu 4 stycznia 2017r. To wszystko doprowadza do chaosu, z punktu widzenia wykonawcy nie wiadomo, czy ma się zastosować do ogłoszenia, czy do treści SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że „Podstawą oceny zgodności wzorów zakładowych jest:

1. WDTT - Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna - dokument zawierający usystematyzowany zbiór informacji i wymagań dotyczących: konstrukcji, materiałów zasadniczych i dodatków, elementów składowych, opisu sposobu wykonania, zestawienia wielkości, wymiarów wyrobu gotowego, rysunków oraz innych informacji niezbędnych do uruchomienia produkcji, przeprowadzenia procesu certyfikacji wyrobu, odbioru i użytkowania (konserwacji) wyrobu. Integralną częścią WDTT jest wzór PUiW;
2. WT - Warunki Techniczne - dokument określający wymagania techniczne i użytkowe oraz metody badań materiałów zasadniczych przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (tkanin, dzianin, skór itp.);
3. PWT - Przedmiotowe Warunki Techniczne - dokument określający wymagania techniczne i użytkowe oraz metody badań materiałów zasadniczych przedmiotów umundurowania i wyekwipowania, poszerzony o dodatkowe wymagania dotyczące między innymi oznaczania, wyglądu i wykończenia, sposobu pobierania próbek do badań laboratoryjnych, sposobu pakowania, przechowywania i transportu;
4. wzór PUiW - egzemplarz modelowy PUiW będący integralną częścią WDTT, zatwierdzany przez Szefa IWsp SZ, będący w stałym posiadaniu WOBWSM;
5. WTU - Wymagania Techniczno-Użytkowe - dokument zawierający zbiór informacji i wymagań dotyczących: konstrukcji, materiałów zasadniczych i dodatków, elementów składowych, opisu sposobu wykonania, zestawienia wielkości, rysunków oraz innych

informacji niezbędnych do uruchomienia produkcji, odbioru i użytkowania (konserwacji) wyrobu.

Na tej podstawie zatwierdzony zostaje wzór zakładowy PUiW, czyli egzemplarz modelowy PUiW wykonany na podstawie dokumentacji technicznej (WDTT, PWT, WT) i wzoru PUiW lub na podstawie WTU, przedstawiony przez wykonawcę/dostawcę celem dokonania oceny zgodności.

Kopie zatwierdzonych dokumentacji technicznych (WDTT, PWT, WT), mogą być wykorzystane wyłącznie w procedurach przetargowych oraz w procesach realizacji produkcji. Wraz z wnioskiem o wydanie zaświadczenia wykonawca/dostawca powinien złożyć w WOBWSM: 2 egz. wzoru zakładowego PuiW, raporty z badań laboratoryjnych wykonanych w laboratorium akredytowanym wg normy PN-EN ISO/IEC 17025, przy czym dla PUiW objętych trybem III oceny zgodności w oparciu o postanowienia ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2006 r. Nr 235, poz. 1700 z późn. zm.) - powinny być wykonane w laboratorium posiadającym akredytację OiB na realizowany zakres badań.”

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Instrukcją, obowiązujące wzory PUiW udostępnia się jedynie w siedzibie WOBWSM oraz tam udziela się informacji dotyczących wymagań techniczno-użytkowych. Wniósł o wprowadzenie do treści SIWZ postanowienia, że Zamawiający bezpłatnie udostępni próbkę poszczególnych materiałów niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia każdemu wykonawcy, który o to wystąpi.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ, na wniosek WOBWSM, wykonawca/dostawca powinien złożyć inne dokumenty do identyfikacji materiałów zastosowanych do wykonania wzoru zakładowego PUiW, określonych w WDTT. Należy zwrócić uwagę na Rozdział II pkt 7 (str. 4) Instrukcji: „W przypadku wątpliwości, na wniosek WOBWSM, wykonawca/dostawca powinien złożyć inne dokumenty do identyfikacji materiałów zastosowanych do wykonania wzoru zakładowego PUiW, określonych w WDTT w punkcie „Wykaz materiałów zasadniczych i dodatków” np. dokumenty zakupu, wyniki badań laboratoryjnych, certyfikaty, specyfikacje techniczne, atesty lub stosowne oświadczenia.”

W ocenie Odwołującego, otwarty katalog wymagań powoduje, że WOBWSM może niemal bez końca negatywnie oceniać wzór dostarczony przez wykonawcę, żądając dowolnych dokumentów, a każda taka negatywna ocena powoduje konieczność wszczęcia nowej procedury <sup>90</sup> odbywa się na koszt przedsiębiorcy (za wyjątkiem przedsiębiorcy preferowanego), ale także powoduje niemożność złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez wprowadzenie postanowienia, iż dla

niniejszego przetargu nie ma zastosowania Rozdział II pkt 7 (str. 4) Instrukcji.

Odwołujący wskazał także, że: „Wzór zakładowy PUiW podlega ocenie przez WOBWSM na zgodność z wymaganiami zatwierdzonej dokumentacji technicznej (WDTT, PWT, WT) oraz wzorem PUiW. Aby uzyskać wymagane przez SIWZ zaświadczenie należy złożyć wniosek w trybie określonym w Instrukcji, która zgodnie z Załącznikiem nr 5, 9, czy 11 jedynie dla części procedury przewiduje termin 16 dni roboczych, zaś pozostałe elementy procedury nie są limitowane czasowo, chociaż w części zależą też od zamawiającego i od WOBWSM.

Jeżeli więc Instrukcja została zatwierdzona 4.01.2017r., a termin składania ofert został wyznaczony na 10.02.2017r., to oprócz wykonawcy preferowanego nie jest możliwe uzyskanie zaświadczeń w tak skomplikowanej procedurze w okresie 23 dni roboczych. Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 3 miesiące od daty udostępnienia próbek tkanin i określenia koloru metodą CIELab, wg PN-EN ISO 105-J01:2002, Tekstylnia - Badania odporności wybarwień - Część J01: ogólne zasady pomiaru barwy powierzchni; PN-EN ISO 105-J03:2009, Tekstylnia - Badanie odporności wybarwień - Obliczanie różnic barwy.

Instrukcja nie przewiduje żadnej procedury odwoławczej w przypadku negatywnej oceny wzoru zakładowego PUiW. Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do zawarcia porozumienia z WOBWSM co do uregulowania środków ochrony prawnej dla przedsiębiorcy w przypadku negatywnej oceny wzoru zakładowego PUiW, w tym do przewidzenia odpowiedzialności cywilnej Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej w przypadku wystąpienia błędu w ocenie wzoru zakładowego PUiW oraz konsekwentnie odpowiedzialności samego zamawiającego.

Aby uzyskać zaświadczenie należy przedłożyć wzór wykonany z materiałów (tkanin), które spełniają warunki WT- wymagania techniczne i użytkowe dla materiałów zasadniczych przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (tkanin, dzianin, skór itp.).

Zdaniem Odwołującego, Instrukcja dopuszcza nieobiektywną, organoleptyczną procedurę sprawdzenia i porównania kolorystyki materiałów zastosowanych do wykonania wyrobu, czyli cechy niezwykle istotnej dla wyrobów przeznaczonych na potrzeby wojska. Odwołujący zauważył, że rozwiązanie identycznego problemu na rynku i przy zachowaniu elementarnej konkurencji wśród producentów tkanin w tym zakresie zostało już dawno wypracowane. Aby różni producenci mogli produkować tkaniny gwarantujące zachowanie tego samego koloru i wręcz odcienia kolor tkaniny określa się metodą spektrometryczną. Na całym świecie w ocenie barwy stosowane są składowe barwy w trójwymiarowej przestrzeni barwowej CIELab, charakteryzującej się trzema parametrami:  $L^*$  - reprezentujący jasność,  $a^*$  - to składowa



barwy reprezentująca zakres od czerwieni do zieleni oraz  $b^*$  - to składowa barwy reprezentuje zakres od żółtego do niebieskiego. Jest to najbardziej popularna, znormalizowana przez Międzynarodową Komisję Oświetleniową (Commission Internationale de PEclairage - CIE) przestrzeń barwowa, wykorzystywana w pomiarach kolorymetrycznych i spektrofotometrycznych. Przestrzeń CIELab stanowi modyfikację przestrzeni barw. Ta metoda jest optymalna i gwarantuje uczciwą konkurencję, a także bezpieczeństwo dostaw dla wojska poprzez możliwość produkowania tkanin przez wielu producentów.

Zdaniem Odwołującego, spośród 19 zadań aż w 11 preferowani będą dotychczasowi wykonawcy analogicznych zamówień gdyż będą mieć pozycję monopolistyczną lub dominującą ze względu na ograniczony (zamknięty) dostęp do tkanin:

W ocenie Odwołującego dla zachowania uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu jest po prostu niezbędne, żeby Zamawiający albo udostępnił wykonawcom próbki materiałów jako element opisu przedmiotu zamówienia i zapewnił zastosowanie metody spektrometrycznej, gdzie w ocenie barwy stosowane są składowe barwy w trójwymiarowej przestrzeni barwowej CIELab.

Odnosnie art. 29 ust. 2 ustawy Odwołujący zauważył, że użyty w treści tego przepisu zwrot „*mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*” wskazuje, że dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ust. 1a i ust. 1b ppkt 3 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, jak i poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ konkretyzacji warunków udziału dotyczących wymagań w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej wykonawców w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak i poprzez postawienie warunków, które wprost preferują dotychczasowych dostawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców także zdolnych do jego realizacji.

W części 13 zamówienia, która jest opisana w sekcji II pkt 11.2.1) ogłoszenia, ukształtowano warunki udziału w postępowaniu w sekcji III, gdzie w pkt 111:1.3 (Rozdział V pkt 1.2.3. SIWZ) dla zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej: „Zamawiający wymaga na

potwierdzenie spełnienia tego warunku aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, (...) dla zadania nr 13 - 535 800,00 PLN”.

Zamawiający doregulował swoje wymagania w uwadze na str. 8/36 SIWZ: *„Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia*

Odwołujący podkreślił, iż peleryna letnia jest produkowana wyłącznie na potrzeby wojska, zatem spełnieniem warunku dotyczącego tak charakterystycznej dostawy tj. tożsamej z tym zadaniem, może wykazać się jedynie dotychczasowy dostawca peleryn letnich. Uszycie choćby kurtki, czy spodni jest technicznie dużo trudniejsze oraz dużo bardziej pracochłonne niż uszycie peleryny. Zatem przedsiębiorca szyjący choćby kurtki, czy spodnie z pewnością ma wystarczające doświadczenie dla uszycia peleryny letniej, więc daje Zamawiającemu pewność, że wykona należycie także przedmiot zamówienia, którym będzie peleryna letnia.

Odwołujący wniósł o zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący: *„Zamawiający wymaga na potwierdzenie spełnienia tego warunku aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, podobną swoim rodzajem do dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia (peleryna lub kurtka lub spodnie) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, (...) dla zadania nr 13-535 800,00 PLN.* Odwołujący wniósł, aby Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, co powinno nastąpić poprzez usunięcie ww. uwagi i podobnego postanowienia w ogłoszeniu: *„Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.”.*

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zatem ustawodawca nie wymaga, aby warunki udziału w postępowaniu były tożsame z

przedmiotem zamówienia, ale jedynie proporcjonalne. Wykazanie się doświadczeniem w usłudze szycia innych części umundurowania będą wystarczające dla zagwarantowaniu Zamawiającemu, że wykonawca jest zdolny uszyć także peleryny letnie.

Odwołujący sformułował także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez preferowanie wykonawców, którzy obecnie realizują na rzecz Zamawiającego analogiczne zamówienia. Wskazał, że w świetle zakwestionowanego powyżej warunku udziału w postępowaniu oraz z uwagi na brzmienie SIWZ, w tym na jej niedoregulowanie co do opcji, oraz na termin otwarcia ofert, tak ustalone fakty składają się na jeden wniosek, a mianowicie że nie jest możliwe, aby w tym postępowaniu złożyć w wymaganym terminie ofertę najkorzystniejszą dla Zamawiającego.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1, w zw. z art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, tj. bez wskazania warunków i rozmiaru poszczególnych opcji, co uniemożliwia najkorzystniejszą dla Zamawiającego wycenę oferty oraz powoduje rażące naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w sekcji II pkt 11.1.4) ogłoszenia oraz w Rozdziale III pkt 6 SIWZ, postanowił: „Zamawiający przewiduje prawo opcji w zakresie zadań nr: 7, 13 i 19. Prawo opcji oznacza, iż Zamawiający na pewno zakupi ilość gwarantowaną, natomiast Zamawiający przedstawi ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji najpóźniej do dnia 30.9.2017 r., wraz ze skorygowanym planem dostaw oraz specyfikacją rozmiarową. Wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniono w załącznikach nr: 1, 9 i 10 do SIWZ, która zostanie zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.”

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji, o czym Zamawiający powiadomi wykonawcę w takim terminie, że nie będzie możliwe zrealizowanie

zamówienia w terminie określonym w treści umowy.

Zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia, z uwzględnieniem prawa opcji. Powyższe oznacza, że Zamawiający w chwili wszczęcia postępowania winien przewidzieć zakres prawa opcji, a w konsekwencji przewidzieć środki na realizację zamówienia. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że Zamawiającemu powinien być znany maksymalny poziom opcji.

W trakcie rozprawy Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w razie wystąpienia potrzeb oraz przyznania środków finansowych.” Z jednej zatem strony wynika, że Zamawiający winien posiadać środki przeznaczone na zamówienie, a z drugiej strony wynika, że Zamawiający nie ma środków na realizację opcji. Tym samym stanowisko Zamawiającego jest nieprzejrzyste. Zdaniem Izby, nie istnieją przeszkody, dla których Zamawiający nie mógłby precyzyjnie określić zakres i warunki, od spełnienia których będzie zależało skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji.

W niniejszej sprawie nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, na którą wskazał Odwołujący: Zamawiający, nie określając terminu opcji, może spowodować, że wykonawca nie będzie w stanie zrealizować zamówienia na czas (a więc że wykona zamówienie w sposób nienależyty), bowiem wyprodukowanie wymaganej ilości 4300 par spodni w okresie 3 miesięcy nie będzie możliwe. W konsekwencji, wykonawca może mieć utrudniony dostęp do realizacji zamówienia w przyszłości.

Izba miała także na uwadze fakt, że bez określenia powyższych okoliczności, Zamawiający będzie miał możliwość w sposób dowolny decydować o realizacji prawa opcji. Tym samym określenie przejrzystych zasad w zakresie skorzystania z prawa opcji jest uzasadnione.

W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, poprzez precyzyjne określenie zakresu i warunków, od spełnienia których będzie zależało skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zdaniem Izby, Zamawiający jest uprawniony opisać przedmiot zamówienia w sposób dowolny, o tyle, o ile jest to uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie uzasadnił braku przekazania wykonawcom wzorca szczególnie uzasadnionymi okolicznościami.

Zamawiający jest zobowiązany udostępnić wykonawcom dokumenty, które są niezbędne do

złożenia przez wykonawców ofert. Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie udostępnił próbnika tkaniny wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Próbnik ten zawiera barwę tkaniny. Odwołujący argumentował, że trudno jest odtworzyć barwę, mogąc jedynie o niej opowiedzieć. W szczególności w tej sytuacji, gdy Odwołujący ma możliwość jedynie zapoznania się z nią w siedzibie podmiotu trzeciego. W trakcie rozprawy Odwołujący okazał 5 różnych tkanin, o zbliżonej barwie, wykazując tym samym, jak trudno jest trafić z kolorem w sytuacji, gdy barwy te są do siebie bardzo zbliżone. Samo zatem obejrzenie tkaniny nie daje możliwości jej odtworzenia.

Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty może jedynie udać się do siedziby podmiotu trzeciego, celem obejrzenia próbki materiału pod kątem jej barwy. Odwołujący wyjaśnił, że nie jest możliwe odtworzenie koloru tkaniny w sytuacji, gdy ją się tylko widziało. O ile istnieje możliwość odtworzenia tekstury, to odtworzenie barwy jest utrudnione. Odtworzenie barwy byłoby możliwe, gdyby Zamawiający udostępnił taką próbkę każdemu zainteresowanemu. Nieprzekazanie wykonawcom próbnika jest to okoliczność utrudniająca złożenie oferty.

Procedura udzielenia zamówienia winna być przejrzysta. Wszyscy wykonawcy powinni mieć równy dostęp do materiałów w taki sposób, aby złożenie oferty było rzeczywiście możliwe.

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego nie jest możliwe udostępnienie próbek. Nie wskazał obiektywnych przeszkód, które uniemożliwiałyby przekazanie wykonawcom próbnika.

W ocenie Izby, trafnie wskazał Odwołujący, że pewnym rozwiązaniem jest wskazanie obiektywnego, jednakowego dla wszystkich miernika barw. Może to być obiektywna metoda oceny koloru (np. CIElab, współczynnik delta). Brak wskazania takiej metody spowoduje subiektywną ocenę koloru tkaniny. Odwołujący podkreślał także, że badanie organoleptyczne zależy od różnych warunków. Różna jest ocena w zależności od np. oświetlenia. Tym samym, w ocenie Izby zasadne jest wskazanie przez Zamawiającego obiektywnej metody oceny koloru (jak wskazano powyżej).

W konsekwencji uwzględnienia powyższego zarzutu, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie przedłużenia terminu składania ofert o co najmniej 2 tygodnie (o co wnosił Odwołujący). W trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził: „Wykonawca wiedząc, że będzie chciał złożyć ofertę, mógł wcześniej rozpocząć czynności związane z zapoznaniem się ze wzorem”. Powyższe już świadczy o tym, że również w ocenie Zamawiającego, wykonawcy może być potrzebne więcej czasu na złożenie oferty. Wobec powyższego, uzasadnione jest zdaniem Izby przedłużenie terminu składania ofert.

Izba nie nakazała przedłużenia terminu składania ofert aż o 3 miesiące z uwagi na fakt, że Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy będzie posiadał próbnik, będzie miał możliwość bardzo szybko odtworzyć kolor tkaniny. Izba miała także na uwadze możliwe zagrożenie dla

realizacji zamówienia. Niemniej czas 2 tygodni powinien być wystarczający dla udostępnienia próbnika wykonawcom oraz zapoznania się z nim i złożenia oferty.

Izba nie uwzględniła podnoszonego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ rozdział V, punkt 6.1. Zamawiający wskazał, że zwięzła treść ogłoszenia o zamówieniu wynika z ograniczonej liczby znaków, jakie można wpisać do ogłoszenia (sekcja VI ogłoszenia o zamówieniu w sekcji VI dopuszcza tylko 4000 znaków – w tym są spacje, przecinki itp.). Należy uznać, że postanowienia SIWZ stanowią uszczegółowienie treści ogłoszenia o zamówieniu i nie pozostają z nim w sprzeczności.

W ocenie Izby, nie można uznać, aby Zamawiający naruszył przepisy prawa poprzez zawarcie krótszej treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu w stosunku do postanowień SIWZ, w sytuacji, gdy niemożliwość zawarcia tożsamej treści wynikała z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Nadto Odwołujący nie wykazał, aby treść postanowień ogłoszenia o zamówieniu pozostawała w sprzeczności z SIWZ. Należy za Zamawiającym przyjąć, że postanowienia SIWZ stanowią uszczegółowienie treści ogłoszenia o zamówieniu. Uprawnieniem Wykonawców jest zadawaniem pytań Zamawiającemu. Odwołujący nie wykazał żadnych sprzeczności w dokumentach ani też naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła także zarzutu dotyczącego braku procedury odwoławczej w przypadku negatywnej oceny wzoru zakładowego PUiW.

Jak wskazał Zamawiający, WOBWSM jest jednostką odrębną od Zamawiającego. W przypadku wyrządzenia szkody Odwołującemu, jednostka ta ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach określonych w powszechnie obowiązujących przepisach, niezależnie od woli działań podjętych przez Zamawiającego. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy w tym zakresie.

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej: „Zamawiający wymaga na potwierdzenie spełnienia tego warunku aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, (...) dla zadania nr 13 - 535 800,00 PLN”.

Zamawiający doprecyzował swoje wymagania w uwadze na str. 8/36 SIWZ: „*Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.*”

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, że opisał ten warunek funkcjonalnie - tożsama ma być funkcja i przeznaczenie przedmiotu dostawy i przedmiotu zamówienia. Dalej Zamawiający argumentował: „To wykonawca powinien wykazać, że zdolność do należytego wykonania zamówienia, jaką dysponuje w postaci doświadczenia stanowi dostawę przedmiotów, które co do swojej funkcji i przeznaczenia odpowiadają pelerynom letnim.” W trakcie rozprawy wskazał, że dokonując oceny, Zamawiający będzie zwracał uwagę na asortyment, który odpowiada funkcjonalnie przedmiotowi zamówienia.

Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać, że Zamawiający powinien również dokonać jasnego opisu warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, Zamawiający nie opisał warunku w sposób jasny. Przebieg rozprawy wykazał, że użyte przez Zamawiającego pojęcie „tożsama funkcja i przeznaczenie przedmiotu dostawy” może budzić wątpliwości, jest niejasne. W ocenie Izby, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający określił jednoznacznie elementy, które uzna za spełniające wymagania na etapie oceny ofert. W przeciwnym razie, brak dookreślenia jednoznacznego, co będzie uznane przez Zamawiającego jako element o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, może powodować spory na etapie badania i oceny ofert. Różna ocena wykonawców na etapie badania i oceny ofert może stanowić naruszenie równego traktowania wykonawców. W niniejszym postępowaniu nakazanie dokonania zmiany w tym zakresie ma o tyle szczególne znaczenie, że niewielu jest wykonawców na rynku, którzy będą mogli wykazać się uszyciem peleryny dla wojska. Tym samym Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu precyzyjne wyszczególnienie w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej elementów, które Zamawiający uzna za odpowiadające przedmiotowi zamówienia (w zakresie przeznaczenia i funkcji).

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

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:**

.....