

WYROK
z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Zakłady Przemysłu Wełnianego „TOMTEX” S.A. w Tomaszowie Mazowieckim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polregio sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Z. S.**, prowadzącego w Tuszynie działalność gospodarczą pod nazwą **Joyvi, Z. S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr II pkt 4 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 12 odwołania z powodu wycofania odwołania w tej części,
2. umarza postępowanie odwoławcze z powodu uwzględnienia przez zamawiającego:
 - a) zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 1 odwołania w części dotyczącej zaniechania podania rodzaju splotu tkaniny zasadniczej,
 - b) zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 3, odwołania,
 - c) zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 4 odwołania, w części dotyczącej parametru z pkt 12 tabeli z załącznika nr 2 do umowy „zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie - osnowa i wątek”,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakłady Przemysłu Wełnianego „TOMTEX” S.A. w Tomaszowie Mazowieckim** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Przemysłu Wełnianego „TOMTEX” S.A. w Tomaszowie Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **Zakładów Przemysłu Wełnianego „TOMTEX” S.A. w Tomaszowie Mazowieckim** rzecz **Polregio sp. z o.o. w Warszawie** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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:
Uzasadnienie

Polregio sp. z o.o. w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa odzieży identyfikującej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 maja 2020 r. nr 2020/S 099-238261.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisaniu przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wyznaczeniu terminu składania ofert,

3)czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert, wykonawca Zakłady Przemysłu Wełnianego „TOMTEX” S.A. w Tomaszowie Mazowieckim, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 1 czerwca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący w pkt II odwołania zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, wywołujący wątpliwości odnośnie do istotnych cech przedmiotu dostawy, jaki ma być zaoferowany przez wykonawców w postępowaniu i powodujący brak możliwości przygotowania przez odwołującego oferty, co do której odwołujący może mieć pewność, że będzie ona spełniać wymogi porównywalności z innymi ofertami, które będą składane w postępowaniu; naruszenie to wyraża się także w braku udostępnienia wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać wykonany przedmiot zamówienia (bez uzyskania próbki tkaniny nie jest możliwe należyte przygotowanie oferty);
- 2)art. 9a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez wyznaczenie przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego konieczności wyprodukowania lub zakupienia tkaniny odpowiadającej wymaganiom zamawiającego przez tych wykonawców, którzy w dacie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu/SIWZ postępowania nie posiadają tkaniny niezbędnej do wykonania próbek w postaci egzemplarzy ubiorów, będących przedmiotem zamówienia, co uniemożliwia odwołującemu należyte przygotowanie się do złożenia oferty, a w rezultacie również złożenie oferty w postępowaniu;
- 3)art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ustawy Pzp przez pominięcie wśród jakościowych kryteriów oceny ofert kryteriów odnoszących się do tkaniny, z której ma zostać wykonany przedmiot zamówienia, dzięki czemu zamawiający dopuścił do możliwości oceny, a nawet wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który przedstawił zamawiającemu próbki sporządzone z tkaniny niespełniającej wymogów zamawiającego;
- 4)art. 36 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, art. 41 pkt 10 ustawy Pzp, art. 10 c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ terminu i miejsca składania próbek, których złożenia wymaga zamawiający, jak i poprzez wewnętrznie sprzeczne brzmienie postanowień SIWZ i jej załączników dotyczących obowiązku złożenia „wraz z ofertą” próbek, tj. egzemplarzy ubiorów będących przedmiotem zamówienia w sytuacji, gdy oferta ma być złożona w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy zakupowej.

Odwołujący w pkt III odwołania wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym tkaniny zasadniczej, z której ma zostać uszyta zamawiana odzież identyfikująca w taki sposób, aby opis tej tkaniny był jednoznaczny, umożliwiał porównanie złożonych ofert i precyzyjnie określał wymogi zamawiającego poprzez: nakazanie zamawiającemu określenia w opisie przedmiotu umowy stanowiącym załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punkcie 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego pkt 5 Parametry Tkaniny Zasadniczej:
 - rodzaju splotu tkaniny zasadniczej;
 - grubości (tex) przędzy tkaniny zasadniczej lub gęstości w osnowie i wątku;
 - metody wykończenia tkaniny zasadniczej - według próbki tkaniny udostępnionej przez zamawiającego;
- 2)zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym tkaniny zasadniczej, z której ma zostać uszyta zamawiana odzież identyfikująca w taki sposób, aby opis tej tkaniny był jednoznaczny, umożliwiał porównanie złożonych ofert i precyzyjnie określał wymogi zamawiającego, z zachowaniem przyjętych w branży włókienniczej odstępstw, tj. nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) Parametry Tkaniny Zasadniczej pkt 6. Wartość Masy Liniowej przez wskazanie, że winna ona wynosić wartość „385 +10/-10”,
- 3)modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do Umowy (wzór umowy jest Załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) Parametry Tkaniny Zasadniczej pkt 1. Kolor poprzez scharakteryzowanie wymaganego przez zamawiającego koloru przy pomocy znormalizowanego cyfrowego układu kolorów CieLaB oraz określenia Delt (o wartości pomiędzy 1 a 1,5) wskazującej możliwe odchylenie kolorystyczne;
- 4)modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) parametry tkaniny

zasadniczej pkt 7. Szerokość z krajkami przez wskazanie, że wartość szerokości z krajkami wynosi „154+2/-2”, zaś ppkt 8 SZEROKOŚĆ MIĘDZY KRAJKAMI poprzez wskazanie, że wartość szerokości między krajkami wynosi „152 +2/-2”, jak i pkt 12. ZMIANA WYMIARÓW PO ZAMOCZENIU W WODZIE -OSNOWA I WĄTEK poprzez wskazanie, że jest to „nie więcej niż”, nie zaś „nie mniej niż”;

- 5) modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 11. ODPORNOŚĆ NA TARCIE przez doprecyzowanie tego parametru - wskazanie jednostki miary i metodyki badań tego parametru (odporności na tarcie);
- 6) modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 2. SKŁAD SUROWCOWY przez wskazanie, że skład ten winien składać się z: „44 % wełna +/- 2 punkty procentowe, 54 % poliestru +/- 2 punkty procentowe oraz z 2 % elastan” (nie zaś błędnie wskazana „elastyna”), bez tolerancji w tym zakresie;
- 7) udostępnienia wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać uszyty przedmiot zamówienia (nakazanie zamawiającemu wprowadzenia w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ obowiązku udostępnienia wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać uszyty przedmiot zamówienia);
- 8) zmiany Sekcji IV (Procedura) pkt IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu, jak i § 12 ust. 1 SIWZ przez określenie terminu składania ofert na dzień 24.09.2020 r. lub inny dzień uwzględniający fakt konieczności wyprodukowania lub zakupienia tkaniny odpowiadającej wymaganiom zamawiającego przez tych wykonawców, którzy w dacie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu nie posiadają tkaniny niezbędnej do wykonania próbek w postaci egzemplarzy ubiorów, będących przedmiotem zamówienia;
- 9) zmiany Sekcji IV (Procedura) pkt IV.2.7) ogłoszenia o zamówieniu, jak i § 12 ust. 1 SIWZ przez określenie terminu otwarcia ofert na dzień 24.09.2020 r. lub inny dzień ustalony zgodnie z pkt 7 powyżej,
- 10) ewentualnie - w razie uznania wniosku o zmianę terminu składania i otwarcia ofert za niezasadny - o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przez wyeliminowanie obowiązku złożenia wraz z ofertą próbek, tj. egzemplarzy ubiorów, będących przedmiotem zamówienia;
- 11) uzupełnienia jakościowych kryteriów oceny ofert wskazanych w § 14 ust. 4 SIWZ oraz w Załączniku nr 6 do SIWZ o kryteria odnoszące się do tkaniny, z której ma zostać wykonany przedmiot zamówienia;
- 12) uzupełnienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ o wskazanie terminu i miejsca oraz sposobu składania próbek w postaci egzemplarzy ubiorów, których złożenia wymaga zamawiający oraz usunięcia bądź zmodyfikowania tych postanowień SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, które sugerują obowiązek złożenia próbek wraz z ofertą (która przecież składana jest w formie elektronicznej) (w szczególności: § 4 ust. 5 SIWZ, § 11 ust. 3 pkt 6 SIWZ; ust. 1 i ust. 4 załącznika nr 6 do SIWZ; § 2 ust. 1 załącznika nr 7 do SIWZ);
- 13) dokonania w razie potrzeby dodatkowo innych zmian w innych odpowiednich punktach SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu niż wskazane powyżej, w sposób określony powyżej.

W uzasadnieniu zarzutu pkt II ppkt 1 odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający nie uczynił zadość wymaganiu precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących tkaniny zasadniczej, z której ma być wykonany przedmiot umowy. Zamawiający nie przedstawił wszystkich niezbędnych dla wykonawców informacji celem przygotowania oferty na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu

Odwołujący wywiódł, że zamawiający w opisie przedmiotu umowy stanowiącym załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy stanowi z kolei załącznik nr 7 do SIWZ) w punkcie 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego pkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ określił parametry tkaniny zasadniczej. Zdaniem odwołującego, parametry te są w pewnej części nieprecyzyjne i niedookreślone, jak i nie zawierają informacji niezbędnych dla odwołującego do przygotowania oferty i uniemożliwiają zachowanie porównywalności ofert w postępowaniu. Odwołujący wywiódł także, że zamawiający nie udostępnił wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać wykonany przedmiot zamówienia. Podkreślał, że brak udostępnienia wykonawcom próbki tkaniny uniemożliwia należyte przygotowanie oferty.

Odwołujący argumentował po pierwsze, że zamawiający wskazał w odniesieniu do koloru tkaniny zasadniczej, że ma ona mieć kolor „ciemnego granatu kolor zbliżony do pantone 533c”. Zdaniem odwołującego, tak określony parametr uniemożliwia mu, jak i pozostałym wykonawcom, określenie jakiego w istocie koloru ma być tkanina zasadnicza, a tym

samym umożliwiła zamawiającemu dowolną ocenę koloru tkaniny zaprezentowanej przez poszczególnych wykonawców. Takie określenie koloru nie pozwala na jednoznaczne odkodowanie odcienia tkaniny zasadniczej. Nie jest bowiem wiadomo jakie jest oczekiwanie zamawiającego co do koloru - ocena zbliżonego charakteru danego koloru będzie subiektywna i uznaniowa, zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego. Odwołujący wskazał, że świadom jest tego, że w załączniku nr 6 do SIWZ ust. 3 Zamawiający wskazał, iż „wzakresie objętym zamówieniem Zamawiający przygotował, na podstawie opisu zawartego W Załączniku nr 2 do umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 7 SIWZ, po jednym egzemplarzu każdego rodzaju asortymentu - dostępnym na wniosek do wglądu - w celu zobrazowania wzorcowej jakości ubioru, tj. jakości ocenionej na maksymalną liczbę punktów w zakresie kryterium oceny ofert „jakość”, określonym w § 11 SIWZ. Egzemplarze dostępne u Zamawiającego stanowią jedynie wizualizację pogładową, nie uwzględniają wszystkich wymagań zawartych w SIWZ.” Zdaniem odwołującego jednak z zacytowanego postanowienia SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że wzory te nie spełniają wszystkich wymagań zawartych w SIWZ, służą jedynie określeniu jakości ubioru w rozumieniu § 11 SIWZ (należy przy tym zaznaczyć, że odniesienie do § 11 SIWZ jest błędne, gdyż określenie jakości zostało wskazane w § 14 ust. 4 SIWZ), czyli w zakresie estetyki, funkcjonalności i elementów konfekcyjnych, a zatem nie mogą stanowić punktu odniesienia dla wykonawców przy odkodowywaniu cech tkaniny zasadniczej, jakiej zamawiający wymaga, w tym jej koloru.

Zdaniem odwołującego powyższy stan jest tożsamy z przyznaniem zamawiającemu znacznej swobody decyzyjnej i uniemożliwia weryfikację kryteriów, wedle których zamawiający decydować będzie o tym, jaki kolor spełnia cechę „zbliżonego charakteru”. Należy mieć wszak na względzie, że różnice w odcieniach mogą być znaczne. Zdaniem odwołującego w konsekwencji, wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia, w tym on, nie mają wiedzy, jakiego koloru tkaniny zasadniczej zamawiający oczekuje, a tym samym z założenia mogą być pozbawieni możliwości skutecznego uzyskania zamówienia. W tych okolicznościach niemożliwe będzie porównanie tkanin oferowanych przez konkurencyjnych wykonawców w postępowaniu. Uzasadniony jest zatem wniosek, że opis techniczny tkaniny zasadniczej w zakresie koloru jest nieprecyzyjny i nie zawiera dla wykonawców wystarczających informacji pozwalających na przygotowanie oferty zaspokajającej interes zamawiającego, co narusza przede wszystkim art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w tym stanie rzeczy uzasadniony jest jego wniosek o nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy stanowi z kolei załącznik nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego pkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 1. KOLOR poprzez scharakteryzowanie wymaganego koloru przy pomocy znormalizowanego cyfrowego układu kolorów CieLaB, zaś jego ocena powinna opierać się na Delcie, która będzie wskazywać możliwe odchylenie odcienia koloru.

Wykonawca zaproponował, aby wartość Deltę wynosiła od 1 do 1,5. Niezależnie od tego, celem zapewnienia równego traktowania wykonawców i umożliwienia należytego przygotowania się do złożenia oferty niezbędne jest udostępnienie wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać uszyty przedmiot zamówienia. Tylko i wyłącznie w ten sposób zapewnione jest równe traktowanie wykonawców, poszanowanie uczciwej konkurencji i wyłączona jest uznaniowość zamawiającego w tym zakresie.

Po drugie, odwołujący podniósł, że zamawiający określił w opisie przedmiotu umowy w punkcie 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 2) SKŁAD SUROWCOWY tkaniny zasadniczej wskazując, że ma się składać w 44 % z wełny +/- 3 punkty procentowe, w 54 % z poliestru +/- 3 punkty procentowe oraz w 2 % z elastyny + 2 punkty procentowe. Taki sposób scharakteryzowania parametrów składu surowcowego nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i wyłącza porównywalność ofert, albowiem nie można odkodować w pełni jaką tkaninę, o jakich cechach, zamawiający chce otrzymać.

Odwołujący wskazał, że inne cechy ma tkanina o składzie 47 % wełny, 51 % poliestru i 2 % elastanu niż ta o składzie 41 % wełny i 54 % poliestru i 4 procent elastanu (w tym miejscu Odwołujący wskazał, że prawidłowa nazwa surowca to elastan, nie zaś „elastyna”, co należy uznać zapewne za oczywistą omyłkę pisarską). Pierwsza z powyższych tkanin będzie bardziej szlachetna, o miękkim chwycie, i lekko elastyczna, zaś druga o chwycie bardziej sztucznym (szorstkim) i bardziej elastyczna. Cechy te uwidaczniają się nie tylko w użytkowaniu, lecz przyspieszają degradację wytrzymałości na odkształcenia (wypychanie) tkaniny. Podkreślał, że w branży tekstylnej powszechnie przyjętym jako optymalny składem jest skład surowcowy tkaniny w postaci 45 % wełny oraz 55 % poliestru. Jeżeli w składzie tkaniny ma się znaleźć elastan, to przyjmuje się również, że składnik ten winien mieć udział 2 % w składzie tkaniny. Zmniejszenie % zawartości wełny i poliestru po 1 % nie wpłynie bowiem na walory użytkowe tkaniny, zaś elastan o zawartości 2 % zapewni pewną

elastyczność tkaniny. Natomiast przyjęcie, że elastan mógłby stanowić - tak jak zaproponował zamawiający w postępowaniu - potencjalnie 4 % składu tkaniny (z uwagi na 2% tolerancję) powoduje, że tkanina ta będzie robić się „gumowata” i w miarę użytkowania i prania będzie się odkształcać, np. wypychać na kolanach i łokciach. Wynika to z faktu, że elastan jest mniej trwały i najszybciej ulega degradacji podczas prania. Skoro zatem zamawiającemu zależy na tym (co wynika z przebiegu dialogu technicznego), aby tkanina była wygodna i się nie odkształcała, to zawartość w niej elastanu nie powinna przekraczać 2%. Z tego względu odwołujący wniósł o nakazanie doprecyzowania postanowień SIWZ w tym względzie poprzez nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5)

PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 2 SKŁAD SUROWCOWY poprzez wskazanie, że skład ten winien składać się z: 44 % wełna +/- 2 punkty procentowe, 54 % poliestru +/- 2 punkty procentowe oraz z 2 % elastan (nie zaś błędnie wskazana „elastylna”), bez tolerancji w tym zakresie.

Zdaniem odwołującego równie istotne cechy wiążą się z dopuszczonymi przez zamawiającego różnicami w zakresie masy liniowej (385 g/mb +/-20). Implikują one zbyt duże różnice w określeniu tej masy (rzędu 40 g), co spowodowałoby w rezultacie wyprodukowanie różnych tkanin do wykonania zamówienia. Pozostawienie w SIWZ tak szerokiego zakresu swobody wykonawców w doborze tkaniny, która ma zostać zastosowana do produkcji odzieży, oznaczać będzie zatem w istocie brak porównywalności ofert składanych w postępowaniu. Odzież ta będzie bowiem miała nieporównywalne właściwości użytkowe. Stąd odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu umowy przez nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ: pkt 6. WARTOŚĆ MASY LINIOWEJ poprzez wskazanie, że winna ona wynosić wartość „385 +10/-10”.

Po trzecie, odwołujący wywiódł, że zamawiający określił w Opisie Przedmiotu Umowy w punkcie 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 7 i 8. szerokości z krajkami oraz szerokość między krajkami. Zdaniem odwołującego oczywiste jest, że w tym zakresie Zamawiający popełnił błąd, albowiem niemożliwe jest z technologicznego punktu widzenia, aby szerokość między krajkami (155+/-2 cm) była większa niż szerokość z krajkami (153+/-2 cm). Oczywistym błędem zamawiającego jest także wskazanie w pkt 12 ZMIANA WYMIARÓW PO ZAMOCZENIU W WODZIE - OSNOWA I WĄTEK sformułowania „nie mniej niż” w sytuacji, gdy z technologicznego punktu widzenia parametr ten określa wartość „nie większą niż”. W tym zakresie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Opisu Przedmiotu Umowy poprzez nakazanie zamawiającemu modyfikacji Opisu Przedmiotu Umowy stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) parametry tkaniny zasadniczej pkt 7. SZEROKOŚĆ Z KRAJKAMI poprzez wskazanie, że wartość szerokości z krajkami wynosi „154+2/-2”, zaś pkt 8. SZEROKOŚĆ MIĘDZY KRAJKAMI poprzez wskazanie, że wartość szerokości między krajkami wynosi „152 +2/-2”, jak i pkt 12. ZMIANA WYMIARÓW PO ZAMOCZENIU W WODZIE - OSNOWA I WĄTEK poprzez wskazanie, że jest to „nie więcej niż”, nie zaś „nie mniej niż”.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający określił w opisie przedmiotu umowy w punkcie 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 11. parametr w postaci odporności na tarcie tkaniny zasadniczej wskazując jedynie wartość w postaci „50000”, nie określając jednak ani jednostki miary, ani metodyki badań. W tym zakresie nie jest wiadome jakie oczekiwanie ma zamawiający, co uniemożliwia wykonawcom, w tym odwołującemu, należyte przygotowanie oferty dla zamawiającemu - opis w tym zakresie jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny i nie dostarcza wykonawcom niezbędnych informacji. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy (wzór umowy jest załącznikiem nr 7 do SIWZ), punktu 1. Wymagania ogólne dla wszystkich elementów ubioru identyfikacyjnego ppkt 5) PARAMETRY TKANINY ZASADNICZEJ pkt 11) ODPORNOŚĆ NA TARCIE poprzez doprecyzowanie tego parametru poprzez wskazanie jednostki miary i metodyki badań tego parametru (odporności na tarcie).

Ponadto odwołujący wskazał, że opis przedmiotu umowy nie określa cech tkaniny zasadniczej w zakresie rodzaju

splotu, w zakresie grubości (tex) przędzy, gęstości osnowy i wątku (tego ile nitki ma zawierać osnowa i wątek tkaniny zasadniczej), jak i sposobu/metody wykończenia tkaniny dotyczącej cech takich jak chwyt, miękkość, wypełnienie. W tym zakresie nie jest wiadome jakie oczekiwania ma zamawiający, co uniemożliwia wykonawcom, w tym odwołującemu, należyte przygotowanie oferty dla zamawiającego- opis w tym zakresie nie dostarcza wykonawcom niezbędnych informacji. W konsekwencji zamawiający winien doprecyzować opis przedmiotu umowy w sposób określony w petitum odwołania.

Zdaniem odwołującego opis przedmiotu zamówienia uprzywilejowuje wykonawców posiadających już tkaniny mieszczące się w granicach opisanych przez zamawiającego, a zwłaszcza dotychczasowego wykonawcę odzieży identyfikującej dla zamawiającego. Wobec obowiązku przedłożenia przez wykonawców próbek - tj. egzemplarzy ubiorów będących przedmiotem zamówienia, ich uszycie wiąże się bowiem dla nich z dużo mniejszymi kosztami i ryzykiem ich straty, niż w przypadku podmiotów, które specjalnie i bardzo pilnie muszą potrzebną tkaninę kupić lub wyprodukować. Szczególnie w przypadku tych ostatnich nakład wysiłków i kosztów niezbędnych na wyprodukowanie próbek dla zamawiającego jest nieporównywalnie większy, podobnie jak ryzyko związane z decyzją, jaką tkaninę wyprodukować, aby uzyskać zamówienie w postępowaniu. Tymczasem koszty i ryzyko związane z przygotowaniem oferty powinny być podobne dla wszystkich wykonawców.

Odwołujący wywiódł, że zaniechanie doprecyzowania przez zamawiającego opisu przedmiotu umowy (zamówienia) uniemożliwia wykonawcom, w tym odwołującemu, należyte przygotowanie ofert oraz powoduje, że oferty nie będą porównywalne w postępowaniu. To z kolei spowoduje, że wyboru wykonawcy przy niezmienionym opisie przedmiotu zamówienia nie będzie można uznać za wybór wykonawcy dokonany w zgodzie z przepisami Pzp.

Oprócz precyzyjnego opisu tkaniny, z jakiej ma zostać uszyta odzież będąca przedmiotem zamówienia, właściwym sposobem zapoznania wykonawców z jej szczegółowymi cechami musi być również udostępnienie im do badań (nie tylko do wglądu) próbki wymaganej tkaniny. Pewnych istotnych cech, takich jak kolor, miękkość, chwyt, wysokość włosa, nie da się bowiem wyczerpująco opisać i konieczne jest ich przedstawienie w naturze, w postaci próbki wzorcowej. W odniesieniu do koloru — uzyskanie przez odwołującego próbki jest niezbędne dla uściślenia odcienia koloru, a w szczególności jego zmatowienia lub nablyszczenia. W zakresie metody wykończenia tkaniny zasadniczej uzyskanie próbki tkaniny przez odwołującego jest niezbędne aby można było ocenić na jej podstawie zakres folowania, zakres dekatyzacji, to, jak ma być wykurczona tkanina zasadnicza, to, jak ma być wyprasowana tkanina zasadnicza.

Uzyskując taką próbkę wykonawca może ją zbadać w specjalistycznym laboratorium, celem uzyskania informacji niezbędnych do wyprodukowania odpowiednika takiej próbki. Tylko w ten sposób możliwe jest wyprodukowanie tkaniny w pełni odpowiadającej wymogom zamawiającego. Jak już zaznaczono powyżej, obecnie SIWZ nie przewiduje możliwości uzyskania od zamawiającego próbki tkaniny (przewidziany w załączniku nr 6 do SIWZ wyraźnie wskazuje, że egzemplarze ubioru są jedynie poglądowe). Z tego względu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian SIWZ tak jak w petitum odwołania. Bez udostępnienia próbki tkaniny wykonawcom celem jej zbadania nie jest możliwe należyte przygotowanie oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt II ppkt 2 odwołania, to jest naruszenia art. 9a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust.3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający wymaga złożenia przez wykonawców na potrzeby oceny ofert, wraz z ofertą, próbek, tj. egzemplarzy ubiorów będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający określił jednocześnie szczegółowe wymagania w tym zakresie w załączniku nr 6 do SIWZ. Wskazano w nim, że wykonawca obowiązany jest do dostarczenia wraz z ofertą po jednym egzemplarzu każdego rodzaju asortymentu szczegółowo określonego w załączniku nr 2 do umowy. W pkt 2 załącznika nr 6 do SIWZ wskazano, że egzemplarze te będą służyć ocenie ofert, stąd muszą być wykonane ściśle z opisem zawartym w ww. załącznikach do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 maja 2020 r. W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego pojawiła się SIWZ.

Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu (w Sekcji IV (Procedura) pkt IV.2.2) oraz pkt IV.2.7), jak i w § 12 ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał, że termin na składanie ofert przypada na dzień 24.06.2020 r., godzinę 12.00. Oznacza to, że pomiędzy datą publikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia a dniem upływu terminu składania ofert przypada 22 dni roboczych (należy mieć na względzie, że Boże Ciało będące dniem ustawowo wolnym od pracy przypada w dniu 11 czerwca 2020 r.).

Zdaniem odwołującego zestawienie obowiązku złożenia przez wykonawców chcących ubiegać się o zamówienie próbek - egzemplarzy ubioru oraz liczby przypadających dni roboczych pomiędzy opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ a terminem składania ofert prowadzi do oczywistego wniosku, że ustalony przez zamawiającego termin składania ofert jest zbyt krótki dla tych wszystkich wykonawców, w tym odwołującego, którzy nie posiadają tkaniny spełniającej wymogi zamawiającego, w ilości wystarczającej dla wykonania wymaganych przez zamawiającego próbek, już w dacie wszczęcia postępowania. Okoliczność ta jest przy tym wiadoma zamawiającemu. Już bowiem w toku dialogu technicznego, który został przeprowadzony przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, zamawiający został poinformowany przez uczestnika dialogu, że w normalnych warunkach tkaniny są dostępne na rynku w około 3 tygodnie, natomiast w czasie epidemii COVID-19 czas ten wydłużył się ok. 2,5 razy (dowód: notatka ze spotkania w ramach dialogu technicznego z dnia 30 marca 2020 roku, dostępna na stronie internetowej Zamawiającego:

..... informacja-o-
zako%C5%84czeniu-dialogu.pdf).

Odwołujący zwrócił uwagę, że udziałem w postępowaniu zainteresowani mogą być również tacy wykonawcy, którzy zamawianą odzież identyfikacyjną zamierzają uszyć z tkaniny dedykowanej dla tego zamówienia, wyprodukowanej specjalnie z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego ogłoszonych w postępowaniu. Należy do nich odwołujący. W przypadku terminu wyznaczonego przez zamawiającego udział takich podmiotów w postępowaniu został bezprawnie uniemożliwiony. Wykonanie tkaniny niezbędnej do wytworzenia próbek ubiorów będących przedmiotem dostawy, których zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą, nie jest bowiem możliwe w tak krótkim terminie.

Odwołujący wyjaśniał że proces produkcyjny tkaniny jest czasochłonny. Na proces ten składa się zespół określonych czynności w postaci nabycia odpowiedniego surowca, laboratoryjnej kontroli jego jakości, produkcji przędzy (która z kolei obejmuje proces barwienia, czesania, przędzenia i skręcania), przygotowania przędzy do tkania (czyli parowania, przewijania, snucia osnowy, przewlekania i przygotowania wątku, tkania i wykończenia zawierającego opieranie, matowanie, suszenie, strzyżenie, dekatyzację i wykurczenie). Ostatnim etapem procesu produkcji tkaniny są operacje końcowe polegające na przeglądzie, klasyfikacji, zawijaniu, metkowaniu i pakowaniu. Dopiero wówczas może nastąpić uszycie ubioru, które również wymaga odpowiedniej ilości czasu.

Według odwołującego przy tak określonym terminie składania ofert w postępowaniu wziąć udział mogą de facto jedynie ci wykonawcy, którzy mają już wyprodukowaną lub zakupioną tkaninę, o której mowa w SIWZ. Natomiast nie mogą w nim wziąć udziału (nie mogą złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty-) ci wykonawcy, którzy mają dopiero zamiar wyprodukowania lub zakupienia tkaniny spełniającej wymagania zamawiającego. Ten stan rzeczy w sposób oczywisty narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania przez zamawiającego, które winno być prowadzone przede wszystkim w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Obecnie określonego terminu, drastycznie i bezprawnie zawężającego krąg potencjalnych wykonawców, nie można uznać za spełniający te wymogi.

Odwołujący podkreślał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa odzieży identyfikującej, nie zaś jedynie usługa uszycia odzieży z użyciem określonej tkaniny. W konsekwencji, równe traktowanie przez zamawiającego winno przejawiać się w zapewnieniu równego dostępu w ubieganiu się o udzielenie zamówienia zarówno dla wytwórców tkanin, jak i podmiotów zajmującym się jedynie szyciem ubioru z wykorzystaniem gotowej już tkaniny (zakupionej u innego podmiotu). Nie sposób również pomijać, że zamawiający przeprowadził przez wszczęciem postępowania dialog techniczny, po czym podjął decyzję o wyborze przetargu nieograniczonego, uprawniającemu każdego zainteresowanego wykonawcę do złożenia oferty.

Odwołujący podniósł, że fakt zachowania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu minimalnego terminu na składanie ofert, wynikającego z art. 43 ust. 2 Pzp, w nie sanuje naruszenia przez zamawiającego art. 9a ust. 1 Pzp. W niniejszym przypadku zamawiający zachował minimalny odstęp 35 dni pomiędzy dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (19.06.2020 r.) a wyznaczonym terminem składania ofert, niemniej nie uwzględnił czasu obiektywnie niezbędnego do przygotowania oferty celem ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Według odwołującego, zważywszy na złożoność i czasochłonność procesu produkcji tkanin, minimalny okres, w jakim wykonawca zamierzający wykonać przedmiot zamówienia z tkaniny w tym celu wyprodukowanej dla Zamawiającego, może przygotować próbkę każdego rodzaju asortymentu wymaganego przez zamawiającego, wynosi 3 miesiące. Z tego względu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert w postępowaniu tak jak w petitum odwołania poprzez zmianę terminu składania ofert (i otwarcia ofert) na dzień 24.09.2020 r. lub inny dzień

uwzględniający fakt konieczności wyprodukowania lub zakupienia tkaniny odpowiadającej wymaganiom zamawiającego przez tych wykonawców, którzy w dacie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu nie posiadają tkaniny niezbędnej do wykonania próbek w postaci egzemplarzy ubiorów, będących przedmiotem zamówienia. Obecny termin składania ofert został bowiem wyznaczony z naruszeniem przepisów Pzp.

Zdaniem odwołującego naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie zmiany terminu składania ofert będzie tożsame z brakiem możliwości złożenia ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez odwołującego, ale zapewne także przez innych zainteresowanych wykonawców. Ten stan rzeczy powodowałby, że potencjalny wykonawca wybrany przy niezmodyfikowanym terminie składania ofert zostałby wybrany z naruszeniem zasad rządzących zamówieniami publicznymi. To oznacza, że nie można by takiemu wykonawcy przypisać przymiotu wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, czego wymaga art. 7 ust. 3 Pzp. Obecny stan rzeczy tożsamy jest z naruszającym Pzp nieuzasadnionym zawężeniem kręgu wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.

Jednocześnie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o zmianę terminu za nieuzasadniony, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez wyeliminowanie obowiązku złożenia wraz z ofertą próbek, tj. egzemplarzy ubiorów, będących przedmiotem zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt II ppkt 3 odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający wymienia listę swoich wymogów odnośnie tkaniny, z której ma zostać wykonana zamawiana odzież identyfikująca, zaś z treści § 4 ust. 11 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ wynika, że zamawiający zastrzega sobie, że na każdym etapie realizacji umowy, ma prawo do skierowania dostarczonego przedmiotu umowy na badania przez akredytowane laboratorium w zakresie zgodności parametrów tkaniny, z której wykonano przedmiot umowy, z opisem zawartym w załączniku nr 2 do umowy, przy czym w przypadku wyniku negatywnego kosztami badania obciążony zostanie Wykonawca, a ponadto Zamawiający zgodnie ze swoim wyborem zastosuje postanowienia § 6 (skorzysta z uprawnień gwarancyjnych) lub § 8 (odstąpi lub wypowie umowę) lub § 9 umowy (obciąży wykonawcę karą umowną w wysokości 100.000 PLN). Wydaje się zatem, że parametry tkaniny, z której ma być uszyta odzież będąca przedmiotem zamówienia, są dla zamawiającego istotne. Odwołujący wskazał także, że przed wszczęciem postępowania zamawiający przeprowadził dialog techniczny, którego głównym powodem - co wynika z zadawanych przez zamawiającego pytań (dowód: notatki ze spotkania w ramach dialogu technicznego z dniami 30 i 31 marca 2020 roku, dostępne na stronie internetowej Zamawiającego:

zako%5%84czeniu-dialogu.pdf), było zgłaszanie przez pracowników zamawiającego uwag do jakości noszonej przez nich odzieży identyfikującej. Wobec tego zamawiający wszczął dialog techniczny aby poprawić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie składu dotychczas zastosowanych tkanin, aby poprawić wartość użytkową odzieży, a zwłaszcza aby podszewka była bardziej wytrzymała, koszule mniej się zgniały i były łatwiejsze do prasowania, a pozostałe elementy odzieży (marynarki, żakiety, kamizelki, spódnice i spodnie) nie wypychały się i nie przecierały.

Odwołujący wskazał też, że z drugiej strony, wśród kryteriów jakościowej oceny oferty (próbek odzieży, które mają zostać przedstawione przez wykonawców), wymienionych w § 14 ust. 4 SIWZ oraz w załączniku nr 6 do SIWZ, brak jest jakiegokolwiek odniesienia do parametrów tkaniny, z której je wykonano. Ocenie podlegać ma jedynie estetyka (wygląd ogólny i elegancja), funkcjonalność (oceniana w drodze przymiarki) i elementy konfekcyjne (wykończenie wyrobu).

Zdaniem odwołującego powyższe okoliczności świadczą o tym, że parametry tkaniny użytej do uszycia zamawianej odzieży są dla zamawiającego istotne. Powinny zatem podlegać ocenie w ramach oceny oferty. Pominiecie tego elementu prowadzi do braku wewnętrznej spójności opisu przedmiotu zamówienia, czyli do konieczności uznania go za nieprawidłowy i sprzeczny z wymogiem prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Co więcej, w świetle obecnych zapisów SIWZ możliwa jest sytuacja, że próbki odzieży przedstawione przez wykonawców mogłyby zostać uszyte z tkaniny zupełnie nieodpowiadającej wymogom SIWZ. Próbki te mają być bowiem oceniane wyłącznie przez pryzmat sposobu ich uszycia, a nie użytej tkaniny. Zasady przygotowania i oceny próbek egzemplarzy ubiorów zostały określone w załączniku nr 6 do SIWZ potwierdzając, że ocenie w ramach kryterium jakości podlega przede wszystkim sposób uszycia - nie podlega natomiast tkanina jako taka. Wymogi dotyczące tkaniny zawarte zostały w załączniku do umowy, która ma zostać zawarta w wyniku Postępowania, i dopiero w tej umowie pojawiają się sankcje za niezachowanie wymogów odnośnie tkaniny. Ewidentnie zatem brak w SIWZ związanych z nimi wymogów i kryteriów należy uznać za wadę tego dokumentu, niezbędną do uzupełnienia.

Odwołujący wywiódł, że z tego powodu uzasadniony jest jego wniosek o modyfikację SIWZ taki jak w petitum

odwołania. Zaniechanie modyfikacji w tym zakresie może wpłynąć na wynik postępowania, albowiem może spowodować wybór wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt II ppkt 4 odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp, art. 41 pkt 10 ustawy Pzp, art. 10 c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący argumentował, że zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ postępowanie ma być prowadzone za pośrednictwem platformy zakupowej zamawiającego. Jak stanowi § 11 ust. 2 SIWZ, oferta powinna być sporządzona w języku polskim, w postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z kolei w ust. 3 zamawiający wskazał, jakie dokumenty (podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym) należy złożyć wraz z ofertą, i tu w pkt 6. wymienił próbki zgodnie z wymogami zawartymi w załączniku nr 6 do SIWZ.

Dodatkowo, zamawiający wskazał na obowiązek złożenia próbek „wraz z ofertą”, także w § 4 ust. 5 SIWZ; ust. 1 i ust. 4 Załącznika nr 6 do SIWZ; § 2 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ. Oczywistym jest, że próbek odzieży nie da się załączyć do oferty w wersji elektronicznej. Wprawdzie w pkt 7 Załącznika nr 1 do SIWZ (formularz ofertowy) wskazano, że należy je dostarczyć do siedziby zamawiającego. Zamawiający nie wskazał jednak w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani terminu, ani dokładnego miejsca takiego dostarczenia, ani też sposobu przygotowania, zabezpieczenia próbki itd. Niezbędne jest zatem usunięcie tego braku przez zamawiającego, a także usunięcie/modyfikacja przez zamawiającego postanowień SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu wskazujących na obowiązek złożenia próbek wraz z ofertą. Z tych względów odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu tak jak w petitum odwołania.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron przed Izbą w dniu 7 lipca 2020 r. oświadczył, że uwzględni w części odwołanie w zakresie:

- a)
- b)
- c)

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z pozostałym zakresem. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron przed Izbą w dniu 7 lipca 2020 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr II pkt 4 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 12. Oświadczył, że w świetle modyfikacji SIWZ z dnia 3 lipca 2020 r. jego zdaniem nie można uznać za skuteczne uwzględnienie przez zamawiającego:

- a) zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 1, 3, 4, 5,
- b) zarzutu nr II pkt 2 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 9.

Do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Z. S., prowadzący w Tuszynie działalność gospodarczą pod nazwą Joyvi, Z. S., zwany dalej „przystępującym”. Wniósł o oddalenie odwołania. Pomimo prawidłowego zawiadomienia nie stawił się na rozprawę przed Izbą w dniu 7 lipca 2020 r.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ, modyfikacje SIWZ, załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Z. S., prowadzącego w Tuszynie działalność gospodarczą pod nazwą Joyvi, Z. S. uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert sporządzenie opisu czy kryteriów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr II pkt 4 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 12 odwołania.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 7 lipca 2020 r. oświadczył, że wycofuje odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.*

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 1 odwołania, w części dotyczącej zaniechania podania rodzaju splotu tkaniny zasadniczej. Zarzut ten dotyczył opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Towarzystwo mu w pkt III pkt 1 odwołania żądanie nakazania zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez określenie w treści SIWZ rodzaju splotu tkaniny zasadniczej.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron w dniu 7 lipca 2020 r. oświadczył, że uwzględni ww. zarzut. Oświadczył także, że wykonał już żądanie odwołania. Powołał się w tym zakresie na modyfikację SIWZ, zamieszczoną na stronie internetowej zamawiającego w dniu 3 lipca 2020 r.

Izba stwierdziła, że w modyfikacji tej zamawiający w tabeli w ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do umowy (opis przedmiotu zamówienia) dodał wiersz 16 „rodzaju splotu” w którym wskazał, że tkanina zasadnicza musi posiadać „splot skośny”.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że jego zdaniem dokonana modyfikacja SIWZ z dnia 3 lipca 2020 r. w ww. zakresie nie wypełnia żądania odwołania. Oświadczył bowiem, że określenie „rodzaj splotu”, jako „splot skośny” jest niewystarczające. Wskazał bowiem, że może być to splot lewostronny lub prawostronny.

Izba stwierdziła, że w treści odwołania odwołujący domagał się jedynie nakazania zamawiającemu podania rodzaju splotu tkaniny zasadniczej. W szczególności, w uzasadnieniu zarzutu odwołujący nigdzie nie wskazywał, że oczekuje podania dalszych informacji na temat nie tylko rodzaju splotu, ale także tego czy ma być on lewostronny czy

prawostronny.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający wykonał literalnie żądanie odwołującego, przez podanie rodzaju splotu tkaniny zasadniczej. Wobec powyższego, wbrew stanowisku odwołującego, stanowisko zamawiającego należało uznać za uwzględnienie zarzutu w taki sposób, jak to literalnie zapisano w odwołaniu. W konsekwencji Izba postanowiła, wbrew stanowisku odwołującego, umorzyć postępowanie odwoławcze także w zakresie nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 1 odwołania w części dotyczącej zaniechania podania rodzaju splotu tkaniny zasadniczej. W tym zakresie wzięto także pod uwagę okoliczność, że przystępujący po stronie zamawiającego prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy nie stawiał się na posiedzenie i nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 3 odwołania. Zarzut ten dotyczył opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do koloru tkaniny zasadniczej w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Towarzyszyło mu w pkt III pkt 3 żądanie nakazania zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez „scharakteryzowanie wymaganego przez Zamawiającego koloru przy pomocy znormalizowanego cyfrowego układu kolorów CieLaB oraz określenia Delt (o wartości pomiędzy 1 a 1,5) wskazującej możliwe odchylenie kolorystyczne.”.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 7 lipca 2020 r. oświadczył, że uwzględni ww. zarzut. Oświadczył także, że wykonał już żądanie odwołania. Powołał się w tym zakresie na modyfikację SIWZ, zamieszczoną na stronie internetowej w dniu 3 lipca 2020 r.

Izba stwierdziła, że w modyfikacji tej zamawiający w tabeli w ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do umowy (opis przedmiotu zamówienia) w wierszu 14 „kolor” wskazał, że tkanina zasadnicza musi posiadać kolor określony jako:

Ciemny granat spełniający jedno z poniższych wymagań:

CIELab: $L^ = 20.31 + a*0,70 + b*-7,46$. Tolerancja*

DELTA E = < 1.5

lub PANTONE (do wyboru):

19-3920 TCX, 19-3921 TCX, 19-4024 TCX, 19-3923 TPG, 19-3922 TPG, 19-4011 TPG, 19-3944 TPG, 19-4020 TPG.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że jego zdaniem dokonana modyfikacja SIWZ z dnia 3 lipca 2020 r. nie wypełnia żądania odwołania. Oświadczył bowiem, że samo scharakteryzowanie koloru przy zastosowaniu układu CieLab oraz określenie Delt jest niewystarczające. Wskazał, że potrzebne jest jeszcze udostępnienie przez zamawiającego wykonawcom do badań próbki wymaganej tkaniny zasadniczej.

Izba stwierdziła, że w treści żądania odwołujący domagał się jedynie scharakteryzowania wymaganego przez zamawiającego koloru przy pomocy znormalizowanego cyfrowego układu kolorów CieLaB oraz określenia Delt (o wartości pomiędzy 1 a 1,5) wskazującej możliwe odchylenie kolorystyczne. Żądanie udostępnienia do badań próbki wymaganej tkaniny zasadniczej stanowiło treść odrębnego zarzutu i żądania, które podlegało odrębnemu rozpoznaniu.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający wykonał literalnie żądanie odwołującego, przez podanie brakujących danych charakteryzujących kolor.

Wobec powyższego, wbrew stanowisku odwołującego, oświadczenie zamawiającego należało uznać za uwzględnienie zarzutu w taki sposób, jak to literalnie zapisano w odwołaniu. W konsekwencji Izba postanowiła, wbrew stanowisku odwołującego, umorzyć postępowanie odwoławcze także w zakresie zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 3 odwołania. W tym zakresie wzięto także pod uwagę okoliczność, że przystępujący po stronie zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy, nie stawiał się na posiedzenie i nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 4 odwołania, w części dotyczącej parametru z pkt 12 tabeli z załącznika nr 2 do umowy „zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie - osnowa i wątek” Zarzut ten dotyczył opisu przedmiotu zamówienia w sposób

niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Towarzyszyło mu w pkt III pkt 4 odwołania żądanie nakazania zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia w pkt 12 tabeli „zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie - osnowa i wątek”, poprzez wskazanie, że jest to „nie więcej niż 1 %” wg normy PN ISO 7771:1994, nie zaś „nie mniej niż 1%” wg normy PN ISO 7771:1994”.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że uwzględni ww. zarzut. Oświadczył także, że wykonał już żądanie odwołania. Powołał się w tym zakresie na modyfikację SIWZ, zamieszczoną na stronie internetowej w dniu 3 lipca 2020 r.

Izba stwierdziła, że w modyfikacji tej zamawiający w tabeli zmodyfikowanego załącznika nr 2 do umowy (opis przedmiotu zamówienia) w wierszu 24 wskazał, że tkanina zasadnicza musi się charakteryzować parametrem „zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie - osnowa i wątek” nie więcej niż 1 % wg normy PN ISO 7771:1994.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający wykonał literalnie żądanie odwołującego. Wobec powyższego, stanowisko zamawiającego należało uznać za uwzględnienie zarzutu w taki sposób, jak to literalnie zapisano w odwołaniu. W konsekwencji Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze także w zakresie zarzutu nr II pkt 1 odwołania i towarzyszącego mu żądania nr III pkt 4 odwołania, w części dotyczącej parametru z pkt 12 tabeli z załącznika nr 2 do umowy „zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie - osnowa i wątek”. W tym zakresie wzięto także pod uwagę okoliczność, że przystępujący po stronie zamawiającego prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy nie stawiał się na posiedzenie i nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do przepisu art. 29 ustawy Pzp:

- 1.Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
- 2.Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Oddaleniu podlegał zarzut nr II pkt 1 odwołania i towarzyszące mu żądanie nr III pkt 4 odwołania, w części dotyczącej parametru z pkt 7 i 8 tabeli z załącznika nr 2 do umowy.

Zarzut ten dotyczył opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, naruszający uczciwą konkurencję. Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 2 do umowy (opis przedmiotu zamówienia), stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ w tabeli w ust. 1 pkt 5 wskazał, że tkanina zasadnicza musi spełniać m.in. następujące parametry:

7.	Szerokość z krajkami	cm	153 ± 2	PN - EN 1773:2000
8.	Szerokość między krajkami	cm	155 ± 2	

Zarzutowi towarzyszyło w pkt III pkt 4 żądanie nakazania zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu umowy przez wskazanie, że wartość z pkt 7 tabeli „szerokość z krajkami” wynosi „154 +2/-2”, zaś wartość z pkt 8 tabeli „szerokość między krajkami” - wynosi „152 +2/- 2”.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający popełnił błąd, albowiem niemożliwe jest z technologicznego punktu widzenia, aby szerokość między krajkami (155+/-2 cm) była większa niż szerokość z krajkami (153+/-2 cm).

Ustalono ponadto, że zamawiający w modyfikacji SIWZ z dnia 3 lipca 2020 r. usunął z tabeli znajdującej się w ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do umowy zarówno parametr z pkt 7 „szerokość z krajkami” jak i parametr z pkt 8 „szerokość między krajkami”.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Z pierwszego z przywołanych przepisów wynika, że odwołanie musi być skierowane wobec konkretnej czynności lub zaniechania zamawiającego. Innymi słowy na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Z drugiego z przywołanych przepisów wynika natomiast, że Izba wydając wyrok zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji zawieszenia w odniesieniu do zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego. Powyższe oznacza, że zamawiający, pomimo wniesienia odwołania, może dokonywać w postępowaniu dalszych czynności o charakterze materialnoprawnym, w tym również takich, które niweczą lub znoszą skutki poprzednich czynności, nie wykluczając czynności/zaniechań zaskarżonych w odwołaniu. Powyższe nie zwalnia Izby od konieczności rozpoznania odwołania, w sytuacji gdy odwołujący w dalszym ciągu je popiera. Jednakże, z mocy art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba przy wyrokowaniu zobowiązana jest wziąć pod uwagę stan istniejący na moment wyrokowania. W takiej sytuacji elementem, który Izba musi ocenić jest to, czy substrat zaskarżenia istnieje dalej na moment wyrokowania w sprawie.

Odwołujący w trakcie rozprawy popierał dalej zarzut pomimo, że kwestionowane przez niego postanowienia z pkt 7 i 8 tabeli z ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do umowy na moment wyrokowania już nie istniały. Argumentował, że usunięcie parametru „szerokość między krajkami” uniemożliwi ustalenie wymaganej gramatury tkaniny.

Zakwestionowana przez odwołującego w odwołaniu czynność została przez zamawiającego zniesiona. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość czynności i zaniechań zamawiającego w kontekście zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które po upływie terminu na wniesienia odwołania, nie mogą być rozszerzane. Tymczasem kwestionowane postanowienia SIWZ na moment wyrokowania już nie istniały. Odwołujący nie może zatem skutecznie popierać zarzutu, że zamawiający popełnił błąd gdyż szerokość między krajkami jest większa niż szerokość z krajkami i domagać się korekty wymiarów, w sytuacji, gdy na moment wyrokowania kwestionowany parametry, a więc i sporne wymiary, zostały usunięte z SIWZ.

Argumentacja, że usunięcie parametru „szerokość między krajkami” uniemożliwi wykonawcom ustalenie wymaganej gramatury tkaniny, jest nowym zarzutem niewynikającym z treści odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu*. Dostrzeżenia wymaga, że jeżeli odwołujący uznawał, iż usunięcie parametru „szerokość między krajkami” uniemożliwi wykonawcom ustalenie wymaganej gramatury tkaniny, to ma prawo wnieść odrębne odwołanie wobec czynności modyfikacji SIWZ z 3 lipca 2020 r. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba doszła do przekonania, że nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania w rozpatrywanym zakresie.

Oddaleniu podlegał zarzut nr II pkt 1 odwołania i towarzyszące mu żądanie nr III pkt 1, w części dotyczącej zaniechania podania w opisie przedmiotu zamówienia danych na temat „grubości (tex) przędzy tkaniny zasadniczej lub gęstości w osnowie i wątku” oraz „metody wykończenia tkaniny zasadniczej”.

W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśnił, że wszystkie istotne z punktu widzenia jego potrzeb dane dotyczące tkaniny zasadniczej i metody jej wykończenia zostały podane w SIWZ, zmodyfikowanej ostatecznie w dniu 3 lipca 2020 r.

Izba stwierdziła, że w tabeli znajdującej się w ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do umowy, zmodyfikowanego w dniu 3 lipca 2020 r. zamawiający opisał parametry tkaniny zasadniczej takie jak: kolor, skład surowcowy, rodzaj splotu, gramatura, masa powierzchniowa, masa liniowa, siła zrywająca - osnowa, siła zrywająca - wątek, odporność na tarcie, zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie, osnowa i wątek, odporność na pilling, odporność wybarwień na tarcie, odporność wybarwień na wodę, odporność wybarwień na pranie, odporność wybarwień na pot kwaśny, odporność wybarwień na pot alkaliczny. Zamawiający wskazał także, że tkanina ma być dwukrotnie zmiękczone. W trakcie rozprawy oświadczył, że pozostałe parametry tkaniny nie są dla niego istotne.

Skoro zamawiający stwierdził, że spełnienie przez tkaninę wymagań opisanych w SIWZ będzie wystarczające z punktu widzenia jego potrzeb i nie widzi potrzeby ograniczania dopuszczalnych tkanin przez dodatkowe wskazywanie „minimalnej grubości (tex) przędzy lub gęstości w osnowie i wątku” czy „metody wykończenia”, ponad parametry wymagane w SIWZ, to brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu dokonywania zmiany w SIWZ.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że w tej sytuacji opis przedmiotu zamówienia będzie niejednoznaczny. Taki opis przedmiotu zamówienia oznacza, że można zamawiającemu zaoferować i dostarczyć produkt wykonany z tkaniny spełniającej wymagania graniczne opisane w SIWZ. Każda tkanina, która postawione wymogi spełni, będzie mogła zostać użyta do produkcji dostarczanej odzieży. To, że wymogi te będą mogły spełnić rozmaite tkaniny, nie

powoduje jeszcze, że oferty będą nieporównywalne. Punktem odniesienia będzie bowiem właśnie owo minimum opisane w SIWZ. Jeśli każda z ofert spełni wymogi graniczne, to będą to oferty porównywalne, nawet jeśli tkaniny - mieszczące się w określonych szeroko ramach, które jednak są wystarczające z punktu widzenia potrzeb zamawiającego - będą się od siebie znacznie różniły.

Nie można się także zgodzić, że taki opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. To zbyt restrykcyjne opisywanie przedmiotu zamówienia ponad potrzeby zamawiającego skutkowałoby ograniczeniem rodzaju dopuszczonych tkanin, prowadząc do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegał zarzut nr II pkt 1 odwołania i towarzyszące mu żądanie nr III pkt 2 i pkt 6 odwołania.

Zarzuty te dotyczyły opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i naruszający uczciwą konkurencję.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 2 do umowy (opis przedmiotu zamówienia), stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ w tabeli w ust. 1 pkt 5 wskazał, że tkanina zasadnicza musi spełniać m.in. następujące parametry:

2.	Skład surowcowy	44% wełna ± 3 punkty procentowe 54 % poliester ± 3 punkty procentowe 2% elastyna (tolerancja + 2 punkty procentowe)		
6.	Masa liniowa	g/mb	385 ± 20	PN ISO 3801:1993

Odwołujący w żądaniu nr III pkt 2 odwołania domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji w pkt 6 tabeli „wartość masy liniowej” poprzez wskazanie, że winna ona wynosić „385 +10/-10”;

Z kolei w żądaniu nr III pkt 6 odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji w pkt 2 tabeli „skład surowcowy” poprzez wskazanie, że tkanina winna składać się z: „44 % wełna +/- 2 punkty procentowe, 54 % poliesteru +/- 2 punkty procentowe oraz z 2 % elastan” (nie zaś błędnie wskazana „elastyna”), bez tolerancji w tym zakresie.”.

Ustalono, że zamawiający w dniu 3 lipca 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że wierszu 2 tabeli słowo „elastyna” zastąpił słowem „elastan”, co było częściowo zgodne z żądaniem nr III pkt 6 odwołania. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Istota obu zarzutów odwołującego sprowadzała się do tego, że uznawał on tolerancję wskazaną w obu kwestionowanych parametrach za zbyt wielką. Co do składu surowcowego wskazywał w odwołaniu, że inne cechy będzie miała tkanina o składzie 47 % wełny, 51 % poliesteru i 2 % elastanu niż ta o składzie 41 % wełny i 54 % poliesteru i 4 procent elastanu. Co do masy liniowej odwołujący wywodził, że różnice w zakresie masy liniowej (385 g/mb +/-20) implikują zbyt duże różnice w określeniu tej masy (rzędu 40 g), co spowodowałoby w rezultacie wyprodukowanie różnych tkanin do wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego pozostawienie w SIWZ tak szerokiego zakresu swobody wykonawców w doborze tkaniny, która ma zostać zastosowana do produkcji odzieży, oznaczać będzie w istocie brak porównywalności ofert składanych w postępowaniu. W konsekwencji odwołujący domagał się ograniczenia dopuszczalnej w SIWZ tolerancji w sposób wskazywany w obu żądaniach.

Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że oba żądania prowadzą jedynie do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Ponadto Zamawiający wskazał, że widełki (tolerancja) co do parametru „wartości masy liniowej tkaniny zasadniczej” czy „składu surowcowego”, są dla zamawiającego wystarczające i nie ma potrzeby ich dalszego ograniczenia.

Izba stwierdziła, że zarzuty przedstawione w odwołaniu i towarzyszące im żądania są niezasadne. Skoro zamawiający stwierdził, że określona w SIWZ tolerancja będzie wystarczająca z punktu widzenia jego potrzeb i nie widzi konieczności ograniczania dopuszczalnych tkanin przez dodatkowe ograniczenia co do masy liniowej czy składu surowcowego ponad parametry wymagane w SIWZ, to brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu dokonywania zmian w SIWZ.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że w tej sytuacji opis przedmiotu zamówienia będzie niejednoznaczny. Taki opis przedmiotu zamówienia oznacza jedynie, że można zamawiającemu zaoferować i dostarczyć produkt wykonany z tkaniny spełniającej wymagania graniczne opisane w SIWZ. Każda tkanina, która spełni postawione

wymogi, będzie mogła zostać użyta. To, że wymogi te będą mogły spełnić rozmaite tkaniny, nie powoduje, że oferty będą nieporównywalne. Punktem odniesienia będzie bowiem właśnie owo minimum opisane w SIWZ. Jeśli każda z ofert spełni wymogi graniczne, to będą to oferty porównywalne, nawet jeśli tkaniny - mieszczące się w zakreślonych szeroko ramach, które jednak są wystarczające z punktu widzenia potrzeb zamawiającego - będą się od siebie znacznie różniły.

Nie można się zgodzić, że taki opis narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, uwzględnienie któregośkolwiek z żądań i zmniejszenie tolerancji zakreślonej w SIWZ ponad potrzeby zamawiającego prowadziłoby do ograniczenia dopuszczanych do użycia tkanin, wykluczając z udziału w postępowaniu wykonawców dysponujących odzieżą wykonaną z tkaniny, której parametry są wystarczające aby zaspokoić potrzeby zamawiającego. W tej sytuacji konkurencja w postępowaniu byłaby mniejsza, a nie większa.

Odnosząc się zaś do zarzutu, że zamawiający w pkt 2 tabeli błędnie wpisał słowo „elastyna” zamiast „elastan”, to błąd ten został usunięty przez zamawiającego w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 3 lipca 2020 r. Kwestionowane postanowienie na moment wyrokowania zatem nie istniało. Historyczne naruszenie ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia przy użyciu błędnie nazwanego surowca nie może mieć już jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegał zarzut nr II pkt 1 odwołania i towarzyszące mu żądanie nr III pkt 5 odwołania. Zarzut ten dotyczył opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i naruszający uczciwą konkurencję.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 2 do umowy (opis przedmiotu zamówienia), stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ w tabeli w ust. 1 pkt 5 wskazał, że tkanina zasadnicza musi spełniać m.in. następujący parametr:

I.p.	Pozostałe parametry	Jednostka	Wartość	Metodyka
		miary		badan
11.	Odporność na tarcie		50000	

Odwołujący w żądaniu nr III pkt 5 odwołania domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji w pkt 11 tabeli „*odporność na tarcie*” przez doprecyzowanie tego parametru - wskazanie jednostki miary i metodyki badań tego parametru (odporności na tarcie).

Ustalono także, że zamawiający w dniu 3 lipca 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ w następujący sposób:

I.p.	Pozostałe parametry	Jednostka	Wartość	Metodyka
		miary		badan
	Odporność na tarcie	suwy	50000	

W trakcie rozprawy odwołujący argumentował, że samo dodanie przez zamawiającego w dniu 3 lipca 2020 r. brakującej jednostki miary „suwy” jest niewystarczające. Odwołujący wywiódł, że zamawiający nie podał bowiem metody badania, przy czym używane są dwie metody: skrzynkowa oraz Martin Dale.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający uzupełnił w dniu 3 lipca 2020 r. brakującą jednostkę miary dla parametru „odporność na tarcie” wskazując, że chodziło mu o „suwy”. Nie ulegało również wątpliwości, że zamawiający nie podał w SIWZ metodyki badań, o co wnioskował odwołujący. Powyższe nie świadczyło jednak o zasadności zarzutu.

Skoro zamawiający nie określił metodyki, a jak wynika z twierdzeń odwołującego są dwie metody badania parametru: skrzynkowa oraz Martin Dale, to należało dojść do wniosku, że za spełniającą wymogi SIWZ należy uznać zarówno tkaninę, która charakteryzuje się odpornością na tarcie na poziomie 50000 suwy wg metody skrzynkowej, jak i taką, która charakteryzuje się odpornością na tarcie na poziomie 50000 suwy wg metody Martin Dale. Każda z tych tkanin może być użyta do wyprodukowania zamawianej odzieży.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że w tej sytuacji opis przedmiotu zamówienia będzie niejednoznaczny. Taki opis przedmiotu zamówienia oznaczać będzie, że można zamawiającemu zaoferować i dostarczyć produkt wykonany z tkaniny spełniającej wymagania graniczne opisane w SIWZ. Każda tkanina, która spełni postawione wymogi, będzie mogła zostać użyta. To, że wymogi te będą mogły spełnić rozmaite tkaniny, nie powoduje, że oferty będą nieporównywalne. Punktem odniesienia będzie bowiem minimum opisane w SIWZ. Jeśli każda z ofert spełni wymogi graniczne, to będą to oferty porównywalne, nawet jeśli tkaniny - mieszczące się w zakreślonych szeroko ramach - będą się od siebie znacznie różniły.

Nie można się zgodzić, że taki opis narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana parametru ponad potrzeby zamawiającego prowadziłoby do ograniczenia dopuszczanych do użycia tkanin, wykluczając z udziału w postępowaniu wykonawców dysponujących odzieżą wykonaną z tkaniny, której parametry są wystarczające aby zaspokoić potrzeby zamawiającego. W tej sytuacji konkurencja w postępowaniu byłaby mniejsza, a nie większa.

Za chybiony uznano zarzut nr II pkt 1 odwołania, któremu towarzyszyło żądanie nr III pkt 7 odwołania.

Odwołujący w żądaniu nr III pkt 7 wniósł o nakazanie zamawiającemu udostępnienia wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać uszyty przedmiot zamówienia (nakazanie zamawiającemu wprowadzenia w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ obowiązku udostępnienia wykonawcom do badań próbek tkaniny wzorcowej, z jakiej ma zostać uszyty przedmiot zamówienia).

W uzasadnieniu zarzutu i żądania odwołujący wskazał, że właściwym sposobem zapoznania wykonawców z jej szczegółowymi cechami musi być również udostępnienie im do badań (nie tylko do wglądu) próbki wymaganej tkaniny. Pewnych istotnych cech, takich jak kolor, miękkość, chwyt, wysokość włosa, nie da się bowiem wyczerpująco opisać i konieczne jest ich przedstawienie w naturze, w postaci próbki wzorcowej. W odniesieniu do koloru — uzyskanie przez Odwołującego próbki jest niezbędne dla uściślenia odcienia koloru, a w szczególności jego zmatowienia lub nabłyszczania. W zakresie metody wykończenia tkaniny zasadniczej uzyskanie próbki tkaniny przez Odwołującego jest niezbędne aby można było ocenić na jej podstawie zakres folowania, zakres dekatyzacji, to, jak ma być wykurzona tkanina zasadnicza, to, jak ma być wyprasowana tkanina zasadnicza.

Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że opisał wymagania graniczne tkaniny w SIWZ. Dodał, że nie zamierza badać wskazywanych przez odwołującego w odwołaniu parametrów w szczególności takich jak „zakres folowania, zakres dekatyzacji, stopnia wykurzenia tkaniny zasadniczej”.

Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający opisał w załączniku nr 2 do umowy parametry graniczne tkaniny, z której ma być uszyta odzież. Opisano kolor, skład surowcowy, rodzaj splotu, gramaturę, masę powierzchniową, masę liniową, siłę zrywającą - osnowa, siła zrywającą - wątek, odporność na tarcie, zmiana wymiarów po zamoczeniu w wodzie, osnowa i wątek, odporność na pilling, odporność wybarwień na tarcie, odporność wybarwień na wodę, odporność wybarwień na pranie, odporność wybarwień na pot kwaśny, odporność wybarwień na pot alkaliczny. Wskazał także, że tkanina ma być dwukrotnie zmiękczona.

Jak już Izba stwierdziła wcześniej, taki opis przedmiotu zamówienia oznacza, że odzież wykonana z tego rodzaju tkaniny zostanie uznana za zgodną z SIWZ i będzie mogła być zaoferowana. Odwołujący wywiódł, że próbka tkaniny musi być mu przekazana nie tylko do wglądu, ale także do badań laboratoryjnych celem uściślenia cech wskazanych w przytoczonym wyżej fragmencie odwołania. Jednakże, odwołujący nie udowodnił, aby w świetle SIWZ cechy, które zamierzał badać w laboratorium na podstawie udostępnionej próbki, miałyby być cechami minimalnymi określonymi w SIWZ. Odwołujący powinien wykazać, że są to cechy bez zbadania których niemożliwe jest przygotowanie oferty. Odwołujący nic takiego nie wykazał w toku postępowania odwoławczego. Tymczasem zamawiający w trakcie rozprawy wyraźnie zaprzeczył, jakoby w świetle SIWZ cechy tkaniny, które odwołujący zamierzał badać w laboratorium, były istotne. W tej sytuacji chybione okazało się twierdzenie odwołującego, jakoby bez udostępnienia próbki tkaniny celem jej zbadania przez wykonawców, nie jest możliwe przygotowanie oferty w postępowaniu. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut nr II pkt 2 odwołania i towarzyszące mu żądania nr III pkt 8 i 9 odwołania.

Ustalono, że zamawiający wszczął postępowanie w dniu 22 maja 2020 r. publikując w tej dacie na swej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu. W tej samej dacie ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dz. U. U. E. Ogłoszenie to zostało przekazane do Dz. U. U. E. w dniu 19 maja 2020 r. Zamawiający wyznaczył pierwotnie termin składania ofert na 24 czerwca 2020 r. g. 12.00.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert na dzień 24.09.2020 r. lub inny dzień uwzględniający fakt konieczności wyprodukowania lub zakupienia tkaniny odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego przez tych wykonawców, którzy w dacie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu nie posiadają tkaniny niezbędnej do wykonania próbek w postaci egzemplarzy ubiorów, będących przedmiotem zamówienia.

Ustalono także, że pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. zamawiający przedłużył termin składania ofert do 20 lipca 2020 r. Z kolei pismem z dnia 3 lipca 2020 r. zamawiający ostatecznie przedłużył termin składania na dzień 24 lipca 2020

r. g. 12.00.

Art. 9a ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględni złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.

W pierwszej kolejności należało zatem zbadać, czy zamawiający uwzględnił minimalne terminy składania ofert wynikające z ustawy Pzp. Art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, że Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Ponieważ przekazanie ogłoszenia o zamówieniu nastąpiło 19 maja 2020 r. należało stwierdzić, że wyznaczenie terminu składania ofert pierwotnie na dzień 24 czerwca 2020 r., jak i ostatecznie na dzień 24 lipca 2020 r. odpowiadało minimalnym wymogom wynikającym z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazał odwołujący, z art. 9a ustawy Pzp wynika konieczność uwzględnienia przy ustalaniu terminu nie tylko minimalnych wymogów wynikających z ustawy, ale także wzięcie pod uwagę złożoności zamówienia i czasu potrzebnego na sporządzenie oferty. W tym zakresie odwołujący podniósł w odwołaniu, że sporządzenie oferty wymaga czasochłonnego przygotowania próbek ubiorów będących przedmiotem zamówienia, które służyć będą ocenie ofert.

Należało zgodzić się z odwołującym, że wymóg przedstawienia do upływu terminu składania ofert próbek odzieży jest okolicznością, która musiała być wzięta przy wyznaczaniu terminu składania ofert.

Odwołujący argumentował, że wyznaczony termin składania ofert jest zbyt krótki dla tych wszystkich wykonawców, w tym odwołującego, którzy nie posiadają tkaniny spełniającej wymogi zamawiającego, w ilości wystarczającej dla wykonania wymaganych przez zamawiającego próbek, już w dacie wszczęcia postępowania. Celem wykazania zasadności zarzut odwołujący powołał się na oświadczenie jednego z uczestników dialogu technicznego, jaki zamawiający prowadził w marcu b.r. Uczestnik ten oświadczył, że w normalnych warunkach tkaniny są dostępne na rynku w około 3 tygodnie natomiast w czasie epidemii COVID-19 czas ten wydłużył się ok. 2,5 razy (notatka ze spotkania w ramach dialogu technicznego z dnia 30 marca 2020 roku, dostępna na stronie internetowej Zamawiającego:

..... informacia-o-zako%C5%84czeniu-dialogu.pdf).

Odnosząc się do ww. dowodu Izba stwierdziła, że nie potwierdza on zasadności zarzutu. Po pierwsze dialog techniczny, w toku którego złożono ww. oświadczenie prowadzono w marcu 2020 r., a więc bezpośrednio po wybuchu pandemii COVID-19. Obecnie, w lipcu 2020 r., w związku ze zniesieniem zasadniczych ograniczeń gospodarki, aktualność tego oświadczenia budzi wątpliwości.

Po drugie, nawet gdyby wziąć pod uwagę, że czas dostępności tkaniny (3 tygodnie) wydłużył się ok 2,5 raza, oznaczałoby to, iż nawet w środku pandemii COVID 19 tkanina jest dostępna w terminie 7,5 tygodnia.

Tymczasem od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu (22 maja 2020 r.) do daty upływu terminu składania ofert, ostatecznie ustalonego w postępowaniu, to jest 24 lipca 2020 r., upływie 9 tygodni. Jest to 1,5 tygodnia dłużej niż wskazywał uczestnik dialogu, na którego oświadczenie powołał się sam odwołujący. W tej sytuacji dowód powołany przez odwołującego nie świadczył o zasadności zarzutu.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że zamawiający przedstawił dowód przeciwny. Powołał się na protokół dialogu technicznego, w trakcie którego jeden z uczestników dialogu - to jest przystępujący - w dniu 30 marca 2020 r., a więc w środku pandemii COVID 19, na pytanie *„Jaki jest czas realizacji 200 szt. kompletów odzieży”* odpowiedział, że *„termin wykonania, przy dzisiejszej dostępności, wynosi 3 do 4 tygodni od dnia podpisania umowy.”*

W związku z powyższym, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że pozyskanie tkaniny odpowiadającej wymaganiom SIWZ jest możliwe do upływu terminu składania ofert w ten sposób, aby dało się z niej wykonać wymagane próbki, nawet uwzględniając wydłużony nieco termin pozyskania tkaniny z uwagi na pandemię COVID-19.

W trakcie rozprawy odwołujący dodatkowo oświadczył, że jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu jako potencjalny producent tkaniny. Wskazał jednak, że jej wyprodukowanie jest czasochłonne. Wywiódł w odwołaniu, że na proces ten składa się zespół określonych czynności w postaci nabycia odpowiedniego surowca, laboratoryjnej kontroli jego jakości, produkcji przędzy (która z kolei obejmuje proces barwienia, czesania, przędzenia i skręcania), przygotowania przędzy do tkania (czyli parowania, przewijania, snucia osnowy, przewlekania i przygotowania wątku, tkania i wykończenia zawierającego opieranie, matowanie, suszenie, strzyżenie, dekatyzację i wykurczenie). Ostatnim etapem procesu

produkcji tkaniny są operacje końcowe polegające na przeglądzie, klasyfikacji, zawijaniu, metkowaniu i pakowaniu. Oświadczył dodatkowo na rozprawie, że sama produkcja przejdzie to 2 miesiące.

Wzięto pod uwagę, że stanowisko odwołującego pozostało gołosłowne. Na okoliczność długości procesu produkcji tkaniny, choćby we własnej firmie, nie przedstawiono Izbie jakiegokolwiek dowodu. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił także dlaczego domaga się wydłużenia terminu składania ofert do 24 września 2020 r., a więc terminu przypadającego aż 4 miesiące pod dacie wszczęcia postępowania.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie wymagał w SIWZ wyprodukowania nowej tkaniny a następnie wykonania z niej odzieży i jej dostarczenia. W postępowaniu mogą brać udział nie tylko producenci tkaniny, ale również wykonawcy, którzy pozyskają taką tkaninę na rynku, nie będąc jej producentami. Jak wynikało zaś ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tacy wykonawcy będą w stanie przedstawić zamawiającemu próbki do upływu ostatecznie określonego terminu składania ofert, nawet przy uwzględnieniu utrudnień wynikających z pandemii COVID-19. Kierując się powyższymi rozważaniami, zarzut uznano za chybiony.

Niezasadny okazał się wniosek odwołującego z nr III pkt 10 odwołania. We wniosku tym odwołujący - na wypadek uznania żądania zmiany terminu składania ofert za nieuzasadniony - domagał się nakazania zmiany postanowień SIWZ i wyeliminowania obowiązku złożenia próbek odzieży wraz z ofertą.

Jak wynikało z postanowień SIWZ, próbki odzieży są zamawiającemu niezbędne celem dokonania oceny ofert w kryterium oceny ofert „jakość”, o którym mowa w § 14 SIWZ. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w §14 ust. 4 SIWZ zastrzegł bowiem, że w kryterium oceny jakościowej badane będą właściwości i cechy każdego egzemplarza ubioru złożonego przez wykonawcę, istotne z punktu widzenia użytkowego oraz wizerunkowego. W tej sytuacji usunięcie z SIWZ obowiązku złożenia próbek odzieży uniemożliwiłoby zamawiającemu przeprowadzenie oceny ofert w kryterium oceny ofert opisanym w § 14 ust. 4 SIWZ. Wobec powyższego żądanie to uznano za bezzasadne.

Chybiony okazał się zarzut nr II pkt 3 i towarzyszące mu żądanie nr III pkt 11 odwołania.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu uzupełnienia jakościowych kryteriów oceny ofert wskazanych w § 14 ust. 4 SIWZ oraz w załączniku nr 6 do SIWZ o kryteria odnoszące się do tkaniny, z której ma zostać wykonany przedmiot zamówienia.

Ustalono, że zamawiający w § 14 SIWZ opisał następujące kryteria oceny ofert:

1. W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert:

1)Cena (C) - waga 90 %

2)Jakość (J) - waga 10 %

W kryterium oceny jakościowej badane będą właściwości i cechy każdego egzemplarza ubioru złożonego przez Wykonawcę, istotne z punktu widzenia użytkowego oraz wizerunkowego. Ocena będzie dokonywana przez komisję przetargową według zasad opisanych poniżej. Ocena jakości zostanie przeprowadzona w oparciu o następujące podkryteria:

1)estetyka - wygląd ogólny wyrobu, w tym forma, w porównaniu do egzemplarzy ubioru o których mowa w ust. 3 Załącznika nr 6 do SIWZ oraz wizualizacji przedmiotu zamówienia zawartej w Załączniku nr 2 do wzoru umowy, stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ; przyznana punktacja będzie odpowiedzią, na ile wyrób jest elegancki (oceniany pozytywnie ze względu na przydatność, solidność, dobry stan itp.);

2)funkcjonalność - właściwe dopasowanie wyrobu (we wskazanym rozmiarze) do sylwetki, zapewniające swobodę ruchów, poczucie komfortu;

3)elementy konfekcyjne, na które składa się:

a)spół i jakość wykończenia (proste i nieprujące się szwy, brak zmarszczeń tkaniny przy szwach, kolor nici dopasowany do koloru tkaniny, bez nadmiernych kontrastów, również jakość dodatków, tj. guzików i zamków błyskawicznych(swobodne zasuwanie i zapinanie bez zacinalia się, brak nadmiernych kontrastów kolorystycznych;

b)zachowanie parametrów podanych w Opisie Przedmiotu Umowy w milimetrach jako optymalne.

Maksymalna liczba punktów w każdym podkryterium wynosi 2, minimalna 0. W podkryteriach 1, 2 i 3a ocenie poddany będzie wygląd ogólny i właściwości (cechy) niescharakteryzowane wskaźnikami użytkowymi w SIWZ. Badanie próbek odbędzie się przez oględziny i próby (ocena organoleptyczna, przymiarka).

Przy ocenie w podkryterium 3b zmierzone zostaną poszczególne parametry próbki (długość, szerokość,

odległość) i ocenione w odniesieniu do podanych w Opisie Przedmiotu Umowy. Najwyższa liczba punktów zostanie przyznana każdorazowo za najlepsze odzwierciedlenie wzoru, tj. najmniejsze odchylenie od optymalnego parametru podanego w milimetrach.

Szczegółową listę cech, właściwości i parametrów podlegających ocenie w kryterium oceny jakościowej zawiera załącznik nr 6 do SIWZ.

Każda próbka otrzyma od 0 do 2 punktów (punkcja obliczona jako średnia arytmetyczna ocen przyznanych w każdym podkryterium, zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ - im większa liczba punktów, tym wyżej oceniona jakość próbki (0 punktów - najgorzej wykonana próbka, parametry najmniej zbliżone do optymalnych, 1 punkt - próbka o parametrach zbliżonych do optymalnych, jednak nie najbardziej w porównaniu do innych, 2 punkty - najlepiej wykonana próbka, parametry najbardziej zbliżone do optymalnych).

Następnie z punktów przyznanych każdej próbce zostanie obliczona średnia arytmetyczna (J_b), na podstawie której zostanie ustalona liczba punktów w kryterium „jakość” zgodnie z powyższym wzorem;

Ustalono ponadto, że postępowanie prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 82 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywy sektorowej), Państwa członkowskie mogą postanowić, że podmioty zamawiające nie mogą stosować wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, lub ograniczyć ich zastosowanie do określonych kategorii podmiotów zamawiających lub określonych rodzajów zamówień. Analogiczne brzmienie posiada art. 67 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klastycznej).

Korzystając z kompetencji przyznanej przez prawodawcę unijnego, polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie ograniczenia możliwości zastosowania jedyne kryterium ceny, ale jedynie w stosunku do niektórych kategorii podmiotów zamawiających. Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że polski ustawodawca zdecydował się wprowadzić ograniczenia co do możliwości określenia ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Jednakże, w świetle wyraźnego brzmienia ww. przepisu, omawiane ograniczenie nie jest bezwzględne. Przede wszystkim ograniczenie to dotyczy jedynie zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp traktuje o jednostkach sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z przepisami o finansach publicznych sektor finansów publicznych tworzą następujące jednostki wymienione w ustawie o finansach publicznych:

- 1)organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- 2)jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
- 2a)związki metropolitalne;
- 3)jednostki budżetowe;
- 4)samorządowe zakłady budżetowe;
- 5)agencje wykonawcze;
- 6)instytucje gospodarki budżetowej;
- 7)państwowe fundusze celowe;
- 8)Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- 9)Narodowy Fundusz Zdrowia;
- 10)samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
- 11)uczelnie publiczne;

12)Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;

13)państwowe i samorządowe instytucje kultury;

14)inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicza, banków oraz spółek prawa handlowego.

Zamawiającym w analizowanej sprawie było Polregio sp. z o.o. w Warszawie, które nie mieściło się w żadnej z ww. kategorii podmiotów.

Zamawiającego nie można było też zakwalifikować jako instytucji zamawiającej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W przepisie tym jest bowiem mowa o „innych, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1, państwowych jednostkach organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej”.

Nie było także sporne między stronami, że postępowanie prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem o udzielenie zamówienia sektorowego. Powyższe wynikało jednoznacznie ze strony tytułowej SIWZ, gdzie zamawiający zawarł taką informację.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający, inni niż wymienieni w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, mogą stosować cenę jako jedyne kryterium ceny ofert, która - w przypadku tej kategorii zamawiających - jest zawsze kryterium legalnym. Powyższe stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

W przywoływanej opinii wskazano, że Przepis art. 91 ust. 2a ograniczający możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub kryterium ceny o wadze większej niż 60 % odnosi się wyłącznie do zamawiających z sektora finansów publicznych oraz zamawiających należących do kategorii państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Oznacza to, iż na zamawiających innych niż wyżej określeni nie został nałożony obowiązek wynikający z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe jednak wskazuje, że podmioty takie mogą stosować regułę wynikającą z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało dojść do wniosku, że zamawiający w analizowanej sprawie nie miał obowiązku zamieszczenia w SIWZ jakiegokolwiek innego kryterium oceny ofert niż cena. W tej sprawie zamawiający pomimo to zdecydował się na wprowadzenie kryterium oceny ofert odnoszącego się do jakości o wartości 10 %.

W ramach tego kryterium zamawiający zamierzał badać jakość próbki odzieży z punktu widzenia użytkowego oraz wizerunkowego. Co istotne, odwołujący nie kwestionował zasadności ww. kryterium oceny ofert. Istotna zarzut sprowadzała się do konieczności wprowadzenia do SIWZ kolejnego, dodatkowego kryterium pozacenowego odnoszącego się do jakości próbki tkaniny, z której będzie wykonana próbka odzieży.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący powinien wykazać, że ustalone przez zamawiającego kryteria są nielegalne, a zamawiający miał prawny obowiązek wprowadzenia do SIWZ kryterium o treści proponowanej w odwołaniu. Tymczasem odwołujący nie zakwestionował kryteriów opisanych przez zamawiającego w SIWZ. Nie udowodnił także, aby zamawiający miał prawny obowiązek wprowadzenia kryterium oceny ofert o treści proponowanej w odwołaniu. Wobec stwierdzenia, że zamawiający, jako zamawiający sektorowy, który nie miał prawnego obowiązku wprowadzania jakiegokolwiek kryterium pozacenowego, w tym również odnoszącego się do jakości próbki tkaniny, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Chybiony okazał się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje w momencie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający do momentu wyrokowania w sprawie nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wskazanego przez odwołującego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 2 i 4 sentencji

miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra - Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego.*, t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. W tej sytuacji odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, musiało zostać oddalone.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

*Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.**

W niniejszej sprawie odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie podlegało oddaleniu. W tej sytuacji odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz na podstawie § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. poz. 972).

Przewodniczący: