

Sygn. akt: KIO 330/21

WYROK
z dnia 2 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie: A. K. - zarządca sukcesyjny P.P.H.U. „K.” M. K. w spadku, Trawena Sp. z o.o. Sp. k., ul. Nadburzańska 19, 99-400 Łowicz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie: A. K. - zarządca sukcesyjny P.P.H.U. „K.” M. K. w spadku, Trawena Sp. z o.o. Sp. k., ul. Nadburzańska 19, 99-400 Łowicz,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie: A. K. - zarządca sukcesyjny P.P.H.U. „K.” M. K. w spadku, Trawena Sp. z o.o. Sp. k., ul. Nadburzańska 19, 99-400 Łowicz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie: A. K. - zarządca sukcesyjny P.P.H.U. „K.” M. K. w spadku, Trawena Sp. z o.o. Sp. k., ul. Nadburzańska 19, 99-400 Łowicz** na rzecz zamawiającego: **3 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków** kwotę **334 zł 50 gr** (słownie: trzysta trzydzieści cztery złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 330/21

Uzasadnienie

Zamawiający 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, którego przedmiotem jest „dostawa w latach 2021 - 2022 śpiworów wzór 729A/MON”. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na podstawie art. 131a ustawy z 29 stycznia 2004 r. (dalej zwanej „Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 229-565518 w dniu 24 listopada 2020 r. W dniu 20 stycznia 2021 r. Zamawiający w ramach prowadzonego przetargu ograniczonego przekazał wykonawcom, w tym Odwołującemu, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.

Konsorcjum w składzie: A. K. zarządca sukcesyjny Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego Usługowego „K.” M. K. w spadku i TRAWENA Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą lidera konsorcjum w Łowiczu na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „n Pzp”), wniósł odwołanie wobec wadliwego opisu dokumentacji zamówienia w postaci załączników do SIWZ przekazanych wykonawcom w dniu 20 stycznia 2021 r. tj. załącznika nr 4 do SIWZ pn. „WDTT 729A/MON” w zakresie postanowienia zawartego w pkt 7.2.1.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 471, 472 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 PZP w zw. z art. 30 ust. 2 i 3 PZP, poprzez określenie wymogów w pkt 7.2.1. Wojskowej Dokumentacji Techniczno- Technologicznej w sposób:

- nieproporcjonalny,
- nakładający na wykonawców ryzyka w zasadzie niewykonalne,
- nakładający na wykonawców odpowiedzialność za wyniki badań, na które wykonawca nie ma wpływu, a które mogą być obciążone wadami, niezgodnie z przywołaną w pkt 7.2.1 WDTT normą PN-P-84506:1983,
- wadliwy, kiedy wyniki badania mogą skutkować rezultatem, że wynik badań nie będzie zgodny z rzeczywistością,
- wadliwy, poprzez niedopuszczenie poziomu odstępstw, opisanego w normie w sytuacji, w której badaniom można postawić zarzuty wadliwości, nieprecyzyjności, a poziomy odstępstwa są po to ustanowione w normie, gdyż badania nie są sobie zawsze równe, i dwa badania tego samego wyrobu mogą wyjść zgoła odmiennie,
- wadliwy, z uwagi na sposób badania, bez dopuszczalnego odstępstwa, gdyż badanie (jego sposób, jakość i precyzyjność) nie będzie nigdy w 100% zgodne z wynikami WDTT, dokonywanymi w badaniach laboratoryjnych - zatem nie ma możliwości obiektywnego spełnienia wymogów 100%,
- nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za wadliwość badania (np. wadliwy sposób pobrania, usterka mechaniczna, brak zapewnienia zasad higieny),
- błędnie dopuszczający sytuację, w której badanie jednego wyrobu z pobranej partii ze skutkiem negatywnym skutkuje nieprzyjęciem całej partii w ilości 5000 wyrobów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany WDTT w zakresie objętym odwołaniem pkt - 7.2.1., poprzez zastąpienie wyrażenia: „(...)lub ocenianych innych wymagań określonych w WDTT, dla jednego z badanych wyrobów”

wyrażeniem:

„(...) określonych w WDTT, zgodnie z normą PN-P-84506:1983, dla próby co najmniej 10% badanych wyrobów” oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z Pzp czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości złożenia oferty przez Odwołującego w sposób, w jaki będzie możliwym prawidłowe wykonanie zamówienia. Sporne postanowienie WDTT uniemożliwia w zasadzie dokonanie odbiorów przedmiotów zamówienia. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego i został dopuszczony przez Zamawiającego. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący utracić może szansę na złożenie oferty konkurencyjnej, a co za tym idzie może nie uzyskać zamówienia i wynagrodzenia z tego tytułu.

W dniu 20 stycznia 2021 r. Odwołujący otrzymał dostęp do dokumentacji postępowania w postaci SIWZ z jego załącznikami (w tym WDTT - załącznik nr 4).

Odwołujący oświadczył, że kwestionuje postanowienia z WDTT, co do pkt 7.2.1.:

„Próbki do badań pobiera się zgodnie z decyzją organu realizującego proces nadzorowania jakości:

– przed wprowadzeniem materiałów do produkcji, zgodnie z normą PN-82/P-06706 Tkaniny, przędziny, dzianiny i włókiennicze pokrycia podłogowe - Badania odbiorcze lub

– z partii wyrobów zgodnie z normą PN-P-84506:1983 Wyroby konfekcyjne - Badania

odbiorcze dla partii wyrobów o liczności nie większej niż 5 000 par., o tym samym oznaczeniu klasyfikacyjnym, tej samej jakości, przedstawionych do jednorazowej weryfikacji zgodności. (...) Pozytywne wyniki badań są podstawą do potwierdzenia zgodności wyrobu z WDTT. Partię wyrobów należy uznać za niezgodną z wymaganiami, jeżeli chociażby jedna z badanych laboratoryjnie właściwości lub ocenianych innych wymagań określonych w WDTT, dla jednego z badanych wyrobów, nie spełnia wymagań podanych w WDTT.”

Odwołujący wskazał, że w dniu 1 lutego 2021 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia, w tym do pkt 7.2.1. WDTT, gdzie wprost wskazał: „Zamawiający wymaga by przedmiot zamówienia był w całości wykonany zgodnie z ww. zapisem WDTT. Niedopuszczalne są jakiegokolwiek odstępstwa od ww. wymagań. Wszystkie wymagania określone w WDTT są istotne i ich niespełnienie ma wpływ na właściwości użytkowe przedmiotu zamówienia, w tym na bezpieczeństwo przyszłych użytkowników śpiwora - żołnierzy SZ RP. Wykonawcy powinny być znane „inne wymagania określone w WDTT”, bo przecież WDTT stanowi załącznik do SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca nie powinien mieć trudności w ocenie oczekiwań Zamawiającego. Zgodnie z ww. zapisami WDTT, Zamawiający nie dopuszcza do jakiegokolwiek odstępstw od wszystkich wymagań określonych w WDTT, co zostało podkreślone, dodatkowo w WDTT, wskazując, że żaden z badanych wyrobów nie może nie spełniać wymagań podanych w WDTT.”

Odwołujący wyjaśnił, że podnosi zarzuty wobec faktu, że ww. norma, przywołana w WDTT, określa zasady wykonywania badań odbiorczych, które skierowane są przede wszystkim do jednostek prowadzących te badania. W pkt 3.4. ww. normy określono wadliwość dopuszczalną. Kwestionowane postanowienie skutkuje tym, że Zamawiający nie dopuszcza żadnej dopuszczalnej wadliwości. Odwołujący zauważył, że dopuszczalna wadliwość w kontekście pkt 4.1. i 4.2. ww. normy winna mieć zastosowanie bezwzględne wobec wszelkiej rzeczy i parametrów ocenianych z WDTT, tak jak to było dotychczas.

Odwołujący wskazał, że zasady wynikające z ww. normy, skoro są skierowane do badania, jego sposobu, zakresu, jakości, itp., przewidują, że każda jednostka badawcza jest inna, co powoduje brak możliwości otrzymania wyników zgodnych w 100% z zatwierdzonym wzorem, jak też z zatwierdzeniem uwzględnionych (opisanych w WDTT procedury produkcji wg normy PN-82/P-06706). Bo to zatem są te dopuszczalne wadliwości, gdyż w przeciwnym razie, żadne zamówienie nie przeszłoby pomyślnie odbioru.

Odwołujący podkreślił, że każde badania dotknięte są w jakimś stopniu wadliwością i dlatego formuluje się dopuszczalną wadliwość.

W tym postępowaniu nie będzie możliwym przeprowadzenie badań w sposób pozytywny, gdyż każda jednostka badawcza będzie wpadała w jakiś stopień odstępstw od precyzyjnych wymagań z WDTT. Końcowo zatem Zamawiający nie uzyska przedmiotu zamówienia. Każde bowiem badania, jest obarczone błędem, a warunki odstępstw określone w ww. normie (RN-P-84506:1983), określają, jakie są dopuszczalne.

Odwołujący podniósł też, że w załączniku nr 3 do Umowy jest klauzula jakościowa, która w przypisie nr 1 odwołuje się do Decyzji nr 126/MON, aktu prawnego obowiązującego w tym postępowaniu. W procedurze P-02 są zapisy mówiące o odstępstwach w pkt 4.7.9 mowa jest o odstępstwach od wymagań, a zatem jest to niezgodne z kwestionowanym postanowieniem WDTT. Dodać też trzeba, że WDTT jest elementem SIWZ, który podlega ocenie z uwagi na art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że ww. akt prawny (decyzja MON) ma ważniejszy charakter niż WDTT, a tym samym warunki, jak również odstępstwa z pkt 4.7.9. tej decyzji winny mieć zastosowanie. Sporne postanowienie skutkuje niejasnością, czy ww. regulację dopuszczającą odstępstwa należy stosować, czy też nie.

W świetle powyższego, kwestionowane wymaganie jest nieprecyzyjne i obciąża wykonawcę w sposób rażąco nieproporcjonalny i nadmierny odpowiedzialnością za coś na co nie ma wpływu – na błędy jednostki badawczej, a tym samym niezgodności.

Ponadto, kwestionowane postanowienie WDTT jest nieprecyzyjne, bo nie odnosi się do konkretnych wymagań. Nie można utożsamiać różnych niezgodności, jako skutkujących tym samym - Zamawiający utożsamia tak samo niezgodność np. koloru, gdzie niezgodność ta wynosi 0,0001%, jak wtedy gdy niezgodność jest całkowita (np. odcień, jasność zieleni, jest tak samo niezgodna jak zaferowanie czerwonego przedmiotu przy wymaganiu zielonym o konkretnej barwie). Odwołujący jest świadom tolerancji z tabel 8 i 9 WDTT, ale niedopuszczalnym i nieracjonalnym jest, aby na próbce z 5000 egzemplarzy badanych, na skutek 1 produktu nie spełniającego normy z tabel 8 lub 9 WDTT, ale spełniającego warunki z przywoływanej normy, zakwestionować całą partię dostawy. To jest przede wszystkim sytuacja nieracjonalna w świetle przepisów i nadmierna.

W przypadku dopuszczenia wadliwości w sposób objęty normą, jak też zmiana z 1 egzemplarza na 10% badanej próby, będzie skutkowało rzeczywistym i miarodajniejszym wynikiem badań.

Odwołujący podniósł, że nie spełniono wymogów z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp także w innym zakresie - sporna regulacja nie precyzuje, co należy rozumieć przez „inne wymagania”. Jest to opis niejasny i nieprecyzyjny. Wykonawcy mogą mieć trudność wyceny takiego ryzyka. Zamawiający winien to sformułowanie sprecyzować i stworzyć

katalog zamknięty.

Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający żąda badań wg zgodności z ww. normą, to powinien dopuścić wszelkie aspekty z niej wynikające. Wyłącza zaś regulacje korzystne, co skutkuje niepełnym i wybiórczym stosowaniem normy. Wykonawca w tym kontekście wskazuje też na art. 30 Pzp, gdzie jest mowa o zgodności z normami, a produkt zgodny z nimi jest wtedy, gdy spełnia wymagania normy, ale nie musi jej posiadać. Tym samym przywołując normę dokonano jej zaostżenia dla wykonawców na etapie realizacji umowy, co jest również nadmierne.

Zdaniem Odwołującego, wprowadzenie normy do treści WDTT powoduje, że norma ta staje się obligatoryjna, a nie subiektywnie stosowana, co pośrednio wynika z ww. przepisu, a zatem Zamawiający stosując normę, powinien precyzyjnie jej używać, lub jak chce zastąpić jej postanowienia, to wyraźnie określić, czym zastępuje niestosowane regulacje. Jednakże zdaniem Odwołującego, nie powinno się stosować regulacji dla wykonawców mniej korzystnych niż wynikające z tej normy.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że odmowa odbioru w sytuacji, w której jeden wyrób z badanej próby ma wady nieistotne jest działaniem nieracjonalnym i nadmiernym oraz nie jest też uzasadniony przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek przygotować postępowanie zgodnie z zasadą proporcjonalności. Niezbędne dla interpretacji określenia „proporcjonalny” jest uwzględnienie dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję, nienadmierny, adekwatny”. I tak proporcjonalny opis przedmiotu zamówienia to nakładający takie wymagania, które służą wypełnieniu uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37), wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Test proporcjonalności jest kluczowy dla badania legalności działań podejmowanych przez zamawiającego w kontekście zachowania uczciwej konkurencji. Dlatego też w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że w celu wykazania, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy uprawdopodobnić, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12).

Powołując się na wyrok KIO z 23 kwietnia 2014 r. (KIO 706/14), Odwołujący wskazał, że przejawem nierównego traktowania jest opisanie restrykcyjnych warunków odbiorowych, które nie są niczym uzasadnione. Zamawiający korzystając z dominującej pozycji w postępowaniu, narzuca reguły wykonania umowy stanowiące naruszenie zasad prowadzenia postępowania oraz zasad współzycia społecznego. Zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa bez przerzucania całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w sprawie IV Ca 508/05).

Zamawiający, pismem z dnia 25 lutego 2021 r, złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wniósł o zasądzenie od Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z przesłuchania w charakterze świadków Pana kmr A. H. oraz ppłk C. G. na okoliczność:

- zasadności umieszczenia w WDTT kwestionowanych przez Odwołującego zapisów, odwołania się do treści normy tytko w zakresie dotyczącym sposobu pobierania próbek, bezzasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu, sposobu dokonywania oceny zgodności wyrobów z wymogami WDTT, swobody w zakresie wyboru przez wykonawców laboratoriów, które będą wykonywały badania na potrzeby odbiorów,

- negatywnych konsekwencji, jakie wojsko polskie poniesie w przypadku dostarczenia wyrobów częściowo wadliwych,

Zamawiający wyjaśnił, że nie kwestionuje interesu prawnego Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Zamawiający podniósł, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne i jako takie winny zostać oddalone. Wyjaśnił, że przedmiotem postępowania jest dostawa w rozumieniu art. 605 k.c., czyli wyprodukuj i dostarcz. Wykonawca jest obowiązany zgodnie z warunkami zamówienia samodzielnie bądź z udziałem podwykonawców dokonać zakupu materiałów, poddać je badaniom, sporządzić wykroje i ostatecznie uszyć śpiwory. Wszystkie etapy podlegają zgodnie z zapisami postępowania ocenie Zamawiającego. To wykonawca ma wpływ na każdy etap produkcji, co ma istotne znaczenie w kontekście oceny czy opis przedmiotu zamówienia w szczególności treść pkt 7.2.1. WDTT nie narusza zasady proporcjonalności.

Zamawiający podkreślił, że zapisy WDTT są jasne i precyzyjne, Z treści punktu 7.2.1. jak również wyjaśnień Zamawiającego jasno wynika, że nie będzie tolerował żadnych, choćby najmniejszych odstępstw od WDTT. WDTT nie wprowadza żadnych dodatkowych, subiektywnych i niejasnych kryteriów oceny jakości przedmiotu. Wszystkie parametry przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ich jakości zostały szczegółowo opisane VVDTT. Zamawiający zatem w tym zakresie stworzył katalog zamknięty. Zapis o treści „innych wymagań określonych w VVDTT” jest jasny i precyzyjny. Wszystkie wymagania zostały opisane w tym samym dokumencie, który stanowi integralną część dokumentacji postępowania. I tylko brak spełnienia któregośkolwiek z wymogów opisanych w tym dokumencie będzie skutkowało odmową przyjęcia partii.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem postępowania jest zamówienie w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności. W stosunku do tego rodzaju zamówień ustawodawca dopuścił możliwość postawienia przez zamawiającego bardziej restrykcyjnych warunków aniżeli w stosunku do zamówień klasycznych.

Zamawiający podkreślił, że nie istnieje żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakładałby na Zamawiającego obowiązek stosowania w procesie opisu przedmiotu zamówienia konkretnie wskazanej normy, a tym bardziej stosowanie zapisów tej normy w całości. Odwołujący nie wskazał takiego przepisu.

W WDTT wielokrotnie są przywoływane normy, które mają zastosowanie tylko w części. Norma PN-P-84506:1983 nie jest w tym zakresie wyjątkiem. Odwołujący błędnie interpretuje art. 30 Pzp, z którego wynika, że zamawiający może dokonać opisu przedmiotu zamówienia w jeden z czterech określonych sposobów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie jest zobligowany do dokonania wyboru sposobu wskazanego w art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w punkcie 7.2.1. WDTT powołał normę PN-P-B45061983 jedynie celem. opisania w jaki sposób będą pobierane próbki do badań. Nie było intencją Zamawiającego aby cały przedmiot postępowania był wykonany zgodnie z powoływaną powyżej normą, która dotyczy przeprowadzania badań wyrobów konfekcyjnych. Przedmiotem zamówienia nie jest natomiast wyrób konfekcyjny w rozumieniu tej definicji, ale śpiwór. Stąd też całkowicie

nieuzasadnionym byłoby zastosowanie tej normy w całości do czynności odbiorczych przedmiotu postępowania. Zamawiający z uwagi na właściwości wyrobu z przyczyn obiektywnych nie może zastosować wszystkich wymogów tej normy.

Zamawiający wymaga i ma prawo wymagać, czego Odwołujący nie kwestionuje, wykonania badań laboratoryjnych. Tymczasem z treści przytoczonej normy wynika, że takie badania winny być wykonywane tylko w przypadkach wątpliwych lub ekonomicznie nieuzasadnionych. Ponadto, norma PN-83 P-84506 nie obowiązuje od wielu lat.

Zamawiający podkreślił, że jest gospodarzem postępowania i ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby otrzymać przedmiot, który spełnia wszystkie jego wymogi i aby ów przedmiot był przedmiotem niewadliwym. Zamawiający podkreślił, że każdy z wykonawców musi spełnić te same wymagania i wbrew subiektywnym odczuciom Odwołującego są one możliwe do spełnienia.

Zdaniem Zamawiającego, żaden z zapisów punktu 7.2.1. WDTT nie nakłada na wykonawcę ryzyk niewykonalnych. To wykonawca jest odpowiedzialny za cały proces produkcyjny, począwszy od zakupu materiałów aż do czynności dostarczenia wykonanego wyrobu. Wykonawca ma więc właściwe narzędzia, aby na każdym z tym etapów nadzorować jakość w taki sposób, aby wyrób finalny spełniał wszystkie wymogi WDTT.

Sposób pobierania próbek do badań określają normy przywołane w WDTT. Zamawiający nie ustanawia w tym zakresie zapisów bardziej restrykcyjnych niż wskazują to przywoływane normy. Zamawiający, kierując się właśnie zasadą proporcjonalności, dopuścił wykonawcę do udziału w czynnościach poboru próbek.

Nie istnieje żaden przepis, który nakładałby na Zamawiającego obowiązek dopuszczania poziomu odstępstw wskazanych w normie, w przypadku gdy Zamawiający nie stosuje danej normy w całości.

Zamawiający pozostawił wykonawcy także decyzję o tym, które laboratorium będzie wykonywało badania określone w tabelicy 7 lp. 4.

Wbrew twierdzeniom odwołania Zamawiający nie żąda badań wg zgodności z normą.

W znacznej części parametrów Zamawiający dopuścił tolerancję błędów w WDTT np. tablica 2 liczba nitów, masa powierzchniowa, wodoszczelność, stopień odporności wybarwień, masa śpiwora spakowanego, opór cieplny, gęstość ścięgu, odczyn pH, zawartość ftalanów. Na stronie 24 i 25 Zamawiający dopuścił także tolerancję w zakresie wymiarów śpiworów. Zamawiający podkreślił, że ma świadomość obowiązującej go zasady proporcjonalności.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisem WDTT na stronie 17, pierwszej weryfikacji zgodności przedmiotu umowy z WDTT dokonuje sam wykonawca i jego służby kontroli jakości. Wszelkie niezgodności z WDTT na tym etapie winny być stwierdzone przez wykonawcę. Naruszenie powyższego obowiązku bądź wykonanie go nie w stosunku do każdej pojedynczej sztuki śpiworu może skutkować nieodebraniem partii przez Zamawiającego.

Odmowa odbioru jednej sztuki wyrobu, która ma charakter nieistotny nie jest działaniem nieracjonalnym ani nadmiernym, przy czym te parametry, na które powołuje się Odwołujący nie są nieistotne dla Zamawiającego. Odmowa odbioru całej partii w przypadku wadliwości jednej sztuki również nie jest działaniem nadmiernym. Po pierwsze Zamawiający określił wielkość partii na ilość maksymalną. To wykonawca decyduje o tym czy partia będzie liczyła 5000 sztuk, czy mniej. Wykonawca poprzez określenie wielkości partii jest w stanie oszacować ryzyko. Ponadto, stwierdzenie niezgodności jakiegokolwiek parametru odnoszącego się do jakości materiałów zasadniczych, powoduje, że wszystkie sztuki śpiworów, w których je zastosowano, będą miały tę samą wadę. Zgodnie z definicją partii, zawartej w ww. normie, pod pojęciem partii rozumie się „określoną liczbę sztuk wyrobów o tym samym oznaczeniu klasyfikacyjnym, tej samej jakości i cenie, zaopatrzonej w jeden dokument dostawy”. Powyższa definicja jest skutkiem procesów produkcyjnych, w oparciu o które dany produkt jest wytwarzany. Stwierdzenie wady w jednym egzemplarzu oznacza, że na którymś etapie produkcji doszło do naruszenia obowiązujących zasad. Dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego są takie, że w przypadku wady jednej sztuki cała partia jest także wadliwa, np. wada w wymiarze jest skutkiem złego ustawienia maszyny zajmującej się wykojeniem, bądź sporządzeniem wadliwego wzoru.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest wyrób szczególny, dokonywany w szczególnej procedurze. Zamawiający zakupu dokonuje na potrzeby całego wojska polskiego. Jest on przeznaczony do użycia przez żołnierzy podczas różnego rodzaju działań, w tym także bojowych: w skrajnych warunkach klimatycznych. Nawet drobne z punktu widzenia wykonawcy wady typu zacinający się zamek w śpiworze, różnica w barwie, prujące się szwy, w konkretnej sytuacji mogą zagrażać bezpieczeństwu nie tylko danego żołnierza ale wszystkim biorącym udział w działaniach. Ministerstwo Obrony Narodowej jest odpowiedzialne za zdrowie i życie żołnierzy. W przypadku wykazania, że z uwagi na wadliwe materiały wojenne doszło do uszkodzenia ciała bądź narażenia żołnierza na utratę zdrowia, a w skrajnych przypadkach nawet życia (hipotermia) MON poniesie straty wizerunkowe i finansowe. Stawiając na jednej szali — dobro ekonomiczne wykonawcy a na drugiej - życie i zdrowie człowieka zawsze należy wybrać tę wartość, która przedstawia większe znaczenie.

Zdaniem Zamawiającego, przy ocenie, czy zastosowane w postępowaniu środki są proporcjonalne nie można pominąć obowiązujących Zamawiającego uregulowań prawnych. Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, Zamawiający — jednostka sektora finansów publicznych - jest obowiązany do realizacji wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Nie wiadomo z jakich przyczyn Odwołujący domaga się zmiany WDTT w taki sposób aby badania odbywały się zgodnie z normą, która już nie obowiązuje, a także na podstawie czego wysnuł wniosek o dopuszczanej wadliwości na poziomie 10%. Nie można zobowiązać jednostki badawczej do dokonywania oceny zgodnie z normą, która już nie obowiązuje.

Zamawiający wyjaśnił, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 4 wykonawców, trzech (w tym Odwołujący) zostało zakwalifikowanych do następnego etapu.

Decyzja 126YMON jest aktem o charakterze ogólnym, odnoszącym się do wszystkich zakupów, jakie odbywają się na rzecz Resortu. Zakupy służby mundurowej jako jednej z nielicznych mają tak jednoznacznie doprecyzowane zapisy, że kwestie występowania o zgodę na odstępstwo zdarzały się do tej pory sporadycznie i dotyczyły zakupów realizowanych w oparciu o inny rodzaj dokumentu WTU. Z zawarcia w ww. decyzji punktu 4.7.9. nie wynika, że Zamawiający ma obowiązek uwzględniać odstępstwa, czy też występować o opinię w ich zakresie. Zamawiający ma prawo nie naruszając zasady proporcjonalności do nie akceptowania żadnych odstępstw. Dla Zamawiającego nie ma znaczenia, czy niezgodność koloru polega na tym, że zamiast odcienia zielonego użyto odcień niebieski, czy też owa niezgodność ma inny charakter. Zamawiający oczekuje i ma do tego prawo aby otrzymać produkt o wybarwieniu takim jak zapisał to w WDTT, co nie narusza zasady proporcjonalności.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wykonał test proporcjonalności. W jego wyniku uznał, że wszystkim wykonawcom stawia takie same wymagania. Z uwagi na obowiązek chronienia dobra nadrzędnego jakim jest zdrowie i życie żołnierzy uznał, że to dobro przeważa nad interesem ekonomicznym wykonawcy. Kierując się zasadą proporcjonalności dał wykonawcy realne narzędzia, które zabezpieczają jego interes, to jest:

- dopuścił udział wykonawcy przy pobieraniu próbek,
- umożliwił wykonawcy wybór laboratorium, które będzie badania wykonywać,
- umożliwił wykonawcy swobodę w doborze podwykonawców,
- wykonawca decyduje o całym procesie produkcji,
- WDTT określa poziomy tolerancji, w tym także w odniesieniu do wymiarów,
- zobowiązał wykonawcę do kontroli jakości wyrobów przez jego służbę kontroli jakości,
- umożliwił wykonawcy kontakt z organem, który będzie sprawował nadzór na każdym etapie realizacji zamówienia, celem wyeliminowania ewentualnych błędów w procesie produkcji.

Zamawiający stwierdził, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie dopuścił się naruszenia art. 471 i 472 k.c., art. 353 k.c., art. 5 k.c., których związku z zarzutami odwołania Odwołujący nie wyjaśnił. Zamawiający wskazał, że przepis art. 30 ust. 2 Pzp został uchylony. Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, których naruszenia Odwołujący nie udowodnił.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwane dalej „nPzp”.

Rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w dniu 1 lutego 2021 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym przed dniem 1 stycznia 2021 r., zatem do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy nPzp, natomiast do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – przepisy Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, stosownie do art. 555 nPzp, z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp), która oznacza obowiązek stron

i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie jest prowadzone w trybie i na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), art. 131h Pzp. Przedmiotem zamówienia jest dostawa w latach 2021 - 2022 śpiworów wzór 729A/MON. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 zadania.

Zgodnie z pkt 11 SIWZ, wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia wyprodukowany według wymagań określonych w WDTT 729A/MON stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ oraz w PWT 23-2008, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ. Dostarczone przedmioty zamówienia muszą być fabrycznie nowe i pochodzić z bieżącej produkcji (z danego roku planowanej u wykonawcy).

W §1 ust. 3 Wzoru umowy określono, że „Śpiwory muszą być wyprodukowane zgodnie z wymaganiami określonymi w WDTF wzór 729A/MON i muszą być zgodne z wzorem śpiworu wzór 729A/MON do produkcji seryjnej. Zamawiający dopuszcza możliwość dokonywania w niniejszej umowie zmian w zakresie odstępstw od poszczególnych wymogów WDTT czy też wymagań jakościowych na zasadach określonych w niniejszej umowie i stanowiących jej integralną część załącznikach.”

Zgodnie z pkt 2 WDTT wzór 729A/MON („Opis ogólny wyrobu”), śpiwór wzór 729A/MON przeznaczony jest do użytkowania przez żołnierzy wykonujących zadania w zróżnicowanych warunkach klimatycznych w okresie całorocznym. Śpiwory stanowią materiały wojenne. Śpiwór 729A/MON to zestaw składający się z dwóch śpiworów typu „mumia” - letniego i jesiennego. Konstrukcja śpiworów umożliwia umieszczenie śpiwora letniego we wnętrzu śpiwora jesiennego i użytkowanie ich jako jednego kompletu (zestawu zimowego).

W pkt 3.1 WDTT Zamawiający wskazał, że „Do wykonania śpiworów obowiązują:

- zatwierdzona wojskowa dokumentacja techniczno-technologiczna,
- zatwierdzony wzór.”

Zgodnie z pkt 7.2.1 WDTT („Postanowienia ogólne”):

„W celu sprawdzenia, czy wyroby są wykonane zgodnie z wymaganiami WDTT ustala się następujące rodzaje badań kontrolnych:

- zdawczo-odbiorcze (Z—O);
- okresowe (O).

Podstawowymi dokumentami przy realizacji procesu nadzorowania jakości i badań kontrolnych przedmiotów umundurowania i wykwipowania są:

- niniejsza WDTT do produkcji seryjnej;
- wzór wyrobu;

-normy wskazane w niniejszej dokumentacji.

Wyroby przedstawione do weryfikacji na zgodność z wymaganiami WDTT powinny zostać zwolnione przez służby Kontroli Jakości (KJ) Wykonawcy. Zwolnienie należy potwierdzić odpowiednimi dokumentami i pieczęciami działu KJ Wykonawcy.

W przypadku uzyskania wyników badań zdawczo-odbiorczych lub okresowych niezgodnych z wymaganiami określonymi w WDTT organ realizujący proces nadzorowania jakości wstrzymuje zwolnienie badanej partii wyrobów. Zwolnienie partii może nastąpić po usunięciu błędów wykonania oraz potwierdzeniu poprawności wykonania wyrobów pozytywnymi wynikami badań.

Próbki do badań pobiera się zgodnie z decyzją organu realizującego proces nadzorowania jakości.

Przed wprowadzeniem materiałów do produkcji, zgodnie z normą PN-82/P-06706 Tkaniny, przędzy, dzianiny i włókiennicze pokrycia podłogowe — Badania odbiorcze lub - z partii wyrobów zgodnie z normą PN-P-84506:1983 Wyroby konfekcyjne — Badania odbiorcze dla partii wyrobów o liczności nie większej niż 5 000 par., o tym samym oznaczeniu klasyfikacyjnym, tej samej jakości, przedstawionych do jednorazowej weryfikacji zgodności.

Próbki do badań pobiera przedstawiciel organu realizującego proces nadzorowania jakości z udziałem komisji Wykonawcy.

Badania wykonują:

-przedstawiciel organu realizującego proces nadzorowania jakości siłami i środkami Wykonawcy, w zakresie określonym w tablicy 7, Lp.: 1, 2 i 3,

-laboratoria w zakresie określonym w tablicy 7, Lp. 4.

Pozytywne wyniki badań są podstawą do potwierdzenia zgodności wyrobu z WDTT. Partię wyrobów należy uznać za niezgodną z wymaganiami, jeżeli chociażby jedna z badanych laboratoryjnie właściwości lub ocenianych innych wymagań określonych w WDTT, dla jednego z badanych wyrobów, nie spełnia wymagań podanych w WDTT.

Organ realizujący proces nadzorowania jakości ma prawo kontroli u Wykonawcy warunków realizacji produkcji, w tym procesów międzyoperacyjnych, na zgodność z wymaganiami WDTT.

Wyrób powinien także spełniać dodatkowe wymagania jakościowe, jeżeli zapisano je w umowie. Sposób potwierdzenia tych wymagań określa umowa."

Postanowienie zawarte w pkt 7.2.1 WDTT Zamawiający wyjaśnił dodatkowo w dniu 1 lutego 2021 r. w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, wskazując m.in., że:

„Zamawiający wymaga by przedmiot zamówienia był w całości wykonany zgodnie z ww. zapisem WDTT. Niedopuszczalne są jakiegokolwiek odstępstwa od ww. wymagań. Wszystkie wymagania określone w WDTT są istotne i ich niespełnienie ma wpływ na właściwości użytkowe przedmiotu zamówienia, w tym na bezpieczeństwo przyszłych użytkowników śpiwora - żołnierzy SZ RP. Wykonawcy powinny być znane „inne wymagania określone w WDTT”, bo przecież WDTT stanowi załącznik do SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca nie powinien mieć trudności w ocenie oczekiwań Zamawiającego. Zgodnie z ww. zapisami WDTT, Zamawiający nie dopuszcza do jakichkolwiek odstępstw od wszystkich wymagań określonych w WDTT, co zostało podkreślone, dodatkowo w WDTT, wskazując, że żaden z badanych wyrobów nie może nie spełniać wymagań podanych w WDTT."

Zamawiający wyjaśnił, że „Przyjęcie kompletnych zapisów normy PN-P-84506:1983 naraziłoby Zamawiającego na dostawy partii wyrobów, w których nawet 4% wyrobów nie spełniałoby wymagań określonych w WDTT (pkt 3.5.) - Przyjmując argumentację Wykonawcy należy uznać, że Wykonawca już zakłada wykonywanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z ww. ustaleniami rozdz. 3 WDTT — wymaganiami dla wyrobu."

Izba dopuściła dowód z przesłuchania w charakterze świadka p. kmrdr A. H., na wniosek Zamawiającego, na okoliczność zasadności umieszczenia w WDTT kwestionowanych przez Odwołującego wymagań określonych w pkt 7.2.1. WDTT w zakresie odwołania się do treści normy PN-P-84506:1983 tytko w zakresie dotyczącym sposobu pobierania próbek oraz uzasadnienia do sformułowania wymagań w pkt 7.2.1 WDTT. W oparciu o zeznania świadka ustalono, że WDTT została zmieniona w zakresie procedur odbiorczych na przełomie grudnia 2020 i stycznia 2021 i wynikało to z negatywnych doświadczeń dotyczących dostaw umundurowania i innych wyrobów dla wojska. Zmiany powyższe objęły wszystkie wyroby – przedmioty umundurowania i wyekwipowania. Norma PN-P-84506:1983 została wycofana w 2012 roku, a w dokumentacji technicznej przywołana jest jedynie pomocniczo w zakresie czynności odbiorowych.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 471, 472 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 PZP i w zw. z art. 30 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez określenie wymogów w pkt 7.2.1. Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej w sposób nieproporcjonalny, nakładający na wykonawcę ryzyka niewykonalnego, odpowiedzialności za wyniki badań, na które nie ma on wpływu, a które mogą być obarczone wadami, niezgodnie z przywołaną w pkt 7.2.1 WDTT normą PN-P-84506:1983, wadliwy z uwagi na niedopuszczenie poziomu odstępstw opisanego w normie, błędnie dopuszczający sytuację, w której badanie jednej sztuki wyrobu z pobranej partii ze skutkiem negatywnym skutkuje nie przyjęciem całej partii w ilości 5000 szt. wyrobów.

Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów oraz w związku z powyższym - zasadności żądania wprowadzenia zmiany postanowienia pkt 7.2.1. WDTT skutkującej zastosowaniem w przedmiotowym postępowaniu normy PN-P-84506:1983 również w zakresie badań odbiorczych i oceny wyników badań (oprócz procedury poboru próbek) przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia tolerancji w zakresie wadliwości w wysokości 10% badanych wyrobów.

Przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się zatem do określenia przez zamawiającego wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować oczekiwania zamawiającego. Zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przede wszystkim specyfiką i charakterem przedmiotu zamówienia. Znaczenie wyrażen użytych przez ustawodawcę w tym przepisie należy wyjaśniać w kontekście danego stanu faktycznego, biorąc pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia adresowany jest przez zamawiającego do profesjonalistów, tj. podmiotów zdolnych wykonać opisane zamówienie.

Zauważyć przy tym należy, że pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy zamówienia, charakteryzujący cel,

jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe takie opisanie przedmiotu zamówienia, żeby w ten czy inny sposób nie odpowiadało ono części wykonawców, a niektórych stawiało w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu wykonawców bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Zamawiający nie ma jednak obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, że zarzuty wykonawcy względem opisu przedmiotu zamówienia czy zakresu informacji przekazanych przez Zamawiającego w SIWZ nie mogą ograniczać się jedynie do twierdzeń, że opis jest nieproporcjonalny, niepełny, że nie można wycenić przedmiotu zamówienia lub ryzyka związanego z warunkami realizacji zamówienia. Niezależnie bowiem od obowiązku spoczywającego na zamawiającym - jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, równoległym obowiązkiem wykonawcy stawiającego zarzuty jest wykazanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący uzasadnienia zarzutów i żądań podnoszonych w odwołaniu oraz wykazania dlaczego są one istotne z punktu widzenia przygotowania oferty, wyceny przedmiotu zamówienia. Ogólne tylko twierdzenia wykonawcy o naruszeniu przepisów prawa nie stanowi wykazania naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa śpiworów (wykonanie i dostarczenie) dla wojska. Zgodnie z warunkami zamówienia, wykonawca jest zobowiązany dokonać zakupu materiałów, poddać je badaniom, sporządzić wykroje, uszyć śpiwory i je dostarczyć Zamawiającemu w partiach nie większych niż 5 tys. sztuk. Wszystkie etapy produkcji podlegają ocenie Zamawiającego w sposób szczegółowo opisany w SIWZ (WDTT).

Wykonawca ma zatem zasadniczy i pełny wpływ na sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Z treści punktu 7.2.1. WDTT (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego z dnia 1 lutego 2020 r.) jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie będzie tolerował żadnych odstępstw przedmiotu zamówienia od wymagań WDTT, przy czym stwierdzenie wadliwości jednej sztuki zamawianych śpiworów w zakresie któregośkolwiek z wymagań spowoduje nieprzyjęcie całej danej partii wyrobów postawionych do odbioru.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie kwestionował wymaganych parametrów dotyczących przedmiotu zamówienia, co do których sposób oceny jakości został szczegółowo opisany w WDTT.

Odwołujący zarzucał niejasność i nieprecyzyjność wyrażenia „innych wymagań określonych w WDTT”. W ocenie Izby, w świetle postanowienia pkt 7.2.1. i wyjaśnień treści SIWZ w tym zakresie, postanowienie powyższe nie jest niejasne, gdyż „inne” wymagania należy rozumieć jako wszystkie wymagania opisane w WDTT. Nie sposób przyjąć, że w tym postanowieniu Zamawiający powinien podać (powtórzyć) wszystkie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które zostały opisane w WDTT i umowie. W świetle postanowień pkt 7.2.1. WDTT, brak spełnienia któregośkolwiek z tych wymagań będzie skutkowało odmową odbioru danej partii przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi dostarczyć zatem wyroby niewadliwe, tj. spełniające wszystkie wymagania określone w WDTT.

Przedmiotowe postępowanie obejmuje zamówienie w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności, wobec czego przedmiot zamówienia posiada określoną specyfikę, która uzasadnia postawienie bardzo szczegółowych i rygorystycznych wymagań w porównaniu do zamówień klasycznych, czego Odwołujący nie kwestionował. Przedmiotem zamówienia jest wyrób szczególny na potrzeby żołnierzy podczas różnego rodzaju działań, w tym także działań bojowych w skrajnych warunkach klimatycznych. W ocenie Izby, słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że nawet drobne z punktu widzenia wykonawcy, wady typu zacinający się zamek w śpiworze, różnica w barwie, prujące się szwy, w konkretnej sytuacji mogą zagrażać bezpieczeństwu żołnierzy.

Podkreślić należy, że Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku stosowania przy opisie przedmiotu zamówienia konkretnej normy, a tym bardziej stosowania danej normy w całości, zwłaszcza w sytuacji, gdy dana norma nie obowiązuje.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w punkcie 7.2.1. WDTT powołał normę PN-P-B4506:1983 jedynie w celu opisanego, w jaki sposób będą pobierane próbki do badań. Przywołanie tej normy w WDTT w powyższym zakresie nie wywołuje jakichkolwiek szerszych skutków, niż określone przez Zamawiającego. Pominięcie zastosowania w całości normy PN-P-84506:1983 do przedmiotu zamówienia nie narusza także zasady proporcjonalności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zawarty w WDTT Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz sposób jego wytworzenia ma na celu wyłącznie zagwarantowanie Zamawiającemu otrzymania produktu w pełni zgodnego z tymi wymaganiami. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, aby spełnienie któregośkolwiek z wymogów określonych w WDTT nie było możliwe. Postanowienia zawarte w pkt 7.2.1. WDTT w zakresie odbioru stanowią konsekwencję wszystkich wymagań dotyczących wcześniejszych etapów przygotowania produkcji i samej produkcji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, nie nakładają one na wykonawcę ryzyka, którego nie można wycenić. Skoro wykonawca jest odpowiedzialny za cały proces produkcji, począwszy od zakupu materiałów aż do czynności dostarczenia wykonanego wyrobu do Zamawiającego, to pozwala to wykonawcy na pełne nadzorowanie jakości każdego z etapów realizacji zamówienia, co powinno zapewnić w całości dostawę wyrobów niewadliwych. Odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek przepisu, który zobowiązywałby Zamawiającego do dopuszczania poziomu odstępstw od wymagań WDTT na poziomie wskazanym w normie PN-P-84506:1983 (lub wyższym) co do wadliwości wyrobów. Jak wskazał Zamawiający, w przypadku znacznej części parametrów dopuścić o tolerancję odstępstw w WDTT, w tym także tolerancję w zakresie wymiarów śpiworów.

Izba wzięła również pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, że którekolwiek parametry określone w WDTT są nieistotne z punktu widzenia przeznaczenia przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę szczegółową procedurę opisaną w WDTT, mającą na celu zapewnienie wysokiej jakości wyrobów, odmowa odbioru całej partii w przypadku wadliwości jednej sztuki w przypadku tego postępowania, nie jest działaniem nadmiernym.

Izba podkreśla, że nie jest to także wymaganie, którego nie można wycenić w ofercie. Zwrócenia uwagi wymaga fakt, że Zamawiający określił jedynie maksymalną wielkość dostarczanej partii - to wykonawca decyduje o faktycznej wielkości partii, co pozwala na oszacowanie przez niego ryzyka związanego z odbiorem.

W ocenie Izby, słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że skoro definicja „partii” jest skutkiem procesów produkcyjnych, w oparciu o które dany produkt jest wytwarzany, to stwierdzenie wady w jednym egzemplarzu danej partii oznacza, że na którymś etapie produkcji doszło do naruszenia obowiązujących zasad gwarantujących jakość wyrobów. W takim przypadku wada jednej sztuki powoduje, że cała partia musi być uznana za wadliwą.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie naruszył art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 2 i 3 Pzp, biorąc pod uwagę, że ust. 2 tego artykułu został uchylony natomiast w zakresie ust. 3 Odwołujący zarzucanego

naruszenia nie wykazał. Odwołujący nie wykazał, że dopuszczalna wadliwość zgodnie z pkt 4.1. i 4.2. normy PN-82/P-06706 winna mieć zastosowanie wobec rzeczy i parametrów ocenianych zgodnie z WDTT. Wskazać w tym miejscu należy, że zgodnie z normą PN-P-84506:1983, w pobranej próbie do badań w ilości 200 szt. dla partii wyrobu w ilości 5 000 kpl dopuszcza się niezgodność 14 wyrobów co stanowi 7%. Dopuszczenie takiej tolerancji wadliwości wyrobów oznaczałoby, że Zamawiający może otrzymać taką partię przedmiotu zamówienia niezgodną z wymaganiami określonymi w WDTT, statystycznie w ilości 350 kpl. Dopuszczenie tolerancji na poziomie 10% skutkować by mogło ilością 500 kpl. spiworów niezgodnych z wymaganiami WDTT, co w żaden sposób nie znajduje racjonalnego uzasadnienia z punktu widzenia przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał także zasadności swojego twierdzenia, że każde badanie jakości wyrobów jest dotknięte „w jakimś stopniu” wadliwością. Odwołujący nie wyjaśnił także, na jakiej podstawie żąda dopuszczenia poziomu 10% odstępstw spełnienia wymagań przy odbiorze. Decyzja 126YMON przywołana w SIWZ załącznik nr 3 do Umowy odnośnie klauzuli jakościowej jest aktem o charakterze ogólnym. W procedurze P-02 są regulacje dotyczące zgody na odstępstwo (pkt 4.7.9.). Regulacja ta nie stanowi sprzeczności z wymaganiami WDTT, w tym z wymaganiami pkt 7.2.1.

Zgodnie z art. 7 ust 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek przygotować postępowanie zgodnie z zasadą proporcjonalności. Proporcjonalny opis przedmiotu zamówienia to taki, który nakłada na wykonawcę wymagania, które służą wypełnieniu uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia musi być adekwatny i konieczny do osiągnięcia wybranego celu. Aby wykazać naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy uprawdopodobnić, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12).

Odnosząc powyższe, do okoliczności tej sprawy Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z opisaniem restrykcyjnych warunków odbiorowych, które są nieuzasadnione lub nieobiektywne. W ocenie Izby, przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia w całości jest bardziej restrykcyjne niż zamówienia klasyczne z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Z pewnością określenie w postępowaniu wysokich wymagań wobec przedmiotu zamówienia wymaga od wykonawcy spełnienia określonych wysokich standardów dotyczących procesu produkcji, jednak brak jest podstaw do uznania, że wymagania te nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego lub że wykonawca nie ma możliwości wyceny w ofercie ryzyka z nimi związanego.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie dopuścił się naruszenia art. 353 k.c. Zamawiający, dokonując opisu zamówienia, nie naruszył także przepisów art. 471, art. 472 k.c. ani art. 5 k.c. Izba zważyła, że Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia zarzutów podniesionych w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Ustawodawca w art. 353¹ k.c. określił granice swobody umów, wskazując trzy czynniki wyznaczające zakres tego prawa: właściwość (naturę) stosunku, ustawę i zasady współżycia społecznego. Odwołujący upatruje w działaniach Zamawiającego przekroczenia granicy swobody umów, poprzez nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do określenia warunków przetargu i ukształtowanie zapisów SIWZ w sposób sprzeczny z zasadami.:

- art. 471 k.c., zgodnie z którym, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 472 k.c., zgodnie z którym, jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.

- art. 5 k.c., zgodnie z którym, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Jak wskazuje się w doktrynie, przez zasady współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 k.c. należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania w stosunkach społecznych. Przy ustalaniu ich znaczenia można więc odwoływać się do takich powszechnie używanych i znanych pojęć, jak „zasady słuszności”, „zasady uczciwego obrotu”, „zasady uczciwości” czy „lojalności”. Klauzula generalna musi być jednak wypełniona konkretną treścią, odnoszącą się do okoliczności sprawy rozpoznawanej przez sąd (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2014 r., sygn. akt I CSK 735/13 G. Prawna 2014/232/7, z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt IV CSK 660/12, z dnia 28 listopada 2001 r., sygn. akt IV CKN 1756/00 z dnia 11 maja 2012 r., sygn. akt II CSK 540/11). Stwierdzenie, że powód nadużywa prawa podmiotowego, wymaga ustalenia okoliczności pozwalających skonkretyzować, które działania pozostają w sprzeczności z normami moralnymi godnymi ochrony i przestrzegania w stosunkach społecznych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1994 r., sygn. akt II CRN 127/94 z dnia 3 lutego 1998 r., sygn. akt I CKN 459/97, z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt II CSK 757/14). W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w ramach podniesionych zarzutów nie wskazał, jakie reguły moralne o charakterze imperatywnym zostały naruszone przez Zamawiającego i nie sprecyzował, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego zostały naruszone oraz w jaki sposób.

Podkreślenia wymaga, że zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić, co miało również miejsce w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 1 lutego 2021 r.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 353¹ w zw. z art. 471, art. 472 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i w związku z tym zarzuty powyższe podlegały oddaleniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz

§ 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: