

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 14 lipca 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 12 czerwca 2023 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

3 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Montelupich 3 30-901 Kraków

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/162/22/DKZP, przekazanej Zamawiającemu pismem z 6 czerwca 2023 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania — skarpety specjalne letnie i zimowe WS oraz bielizna specjalna letnia i zimowa”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Członkowie: Monika Kawa – Ogorzałek

Ernest Klauziński

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie

UZASADNIENIE

Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania — skarpety specjalne letnie i zimowe WS oraz bielizna specjalna letnia i zimowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2021 r. pod numerem nr 2021/S 095-249028.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w Informacji o jej wyniku naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Larix J.P. spółka jawna z siedzibą w Bielsku - Białej w zakresie zadania nr 3 oraz zadania nr 4 jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia. Wykonawca, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia publicznego, nie wykazał spełniania warunków zamówienia tj. przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w zaproponowanym komplecie bielizny przędzy Nilit® Aquarius wymienionej przez Zamawiającego w WTU;
- 2) art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”.

Na podstawie Protokołu kontroli KND/162/22/DKZP Izba stwierdziła, że w toku kontroli Prezes Urzędu ustalił w szczególności, co następuje:

Zgodnie z treścią informacji na stronę internetową prowadzonego postępowania o zmianie specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 czerwca 2021 r. Zamawiający żądał: w zakresie zadania nr 3, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania wyekwipowania, tj. po jednym komplecie: bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 74/DKWS);

- wymagane jest złożenie przez oferenta stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 74/DKWS.

Zamawiający żądał w zakresie zadania nr 4, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj.: po jednym komplecie: bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 75/DKWS);
- wymagane jest złożenie przez oferenta stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 75/DKWS.

Zgodnie z treścią załącznika nr 4C do SWZ w zakresie zadania nr 3, dostawa obejmowała następującą pozycję do wyceny:

- 1) Bielizna specjalna letnia WS — 6 800 kpl;

Zgodnie z treścią załącznika nr 4D do SWZ w zakresie zadania nr 4, dostawa obejmowała następującą pozycję do wyceny:

- 2) Bielizna zimowa specjalna WS — 6 800 kpl.

Zamawiający wskazał w treści SWZ, iż żądane przedmiotowe środki dowodowe każdy Wykonawca ubiegający się o zamówienie składa wraz z ofertą. Ponadto jak wynika z pkt 3 rozdz. IV SWZ Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia wskazanych w pkt 1 przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą lub złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne.

Zamawiający w załączniku nr 4C do SWZ WTU 74/DKWS Bielizna specjalna letnia WS, przewidział następujące postanowienia:

Tablica nr 1. Materiały i dodatki

| Lp. | Nazwa materiału                                                             | Typ, rodzaj, charakterystyka materiału                                                            |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | Dzianina zasadnicza wykonana z przędzy NILIT® Aquarius i Bodyfresh          | dzianina dwuwarstwowa w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX,       |
| 2   | Dzianina na plisę w dekolcie wykonana z przędzy NILIT® Aquarius i Bodyfresh | dzianina zasadnicza w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX,         |
| 3   | Nici odzieżowe                                                              | nici z poliestrowych włókien odcinkowych o masie liniowej 160dtex1 w kolorze dzianiny zasadniczej |
| 4   | Nici odzieżowe na maszynę cztero-igłową                                     | nici poliestrowe z włókien ciągłych o masie liniowej 1601120 dtex w kolorze dzianiny zasadniczej  |

Tablica nr 2. Charakterystyka dzianiny

| Rodzaj parametru                                   | Jednostka miary  | Wartość | Oznaczenie i metoda badania wg |                    |
|----------------------------------------------------|------------------|---------|--------------------------------|--------------------|
| Dzianina zasadnicza dwuwarstwowa                   |                  |         |                                |                    |
| Masa powierzchniowa dzianiny na koszulkę (średnia) | g/m <sup>2</sup> | 213+ 15 | PN-P-04613:1997                |                    |
| Skład surowcowy dzianiny zasadniczej na koszulkę   | Elastan          | %       | 5                              | PN-P-04847.10:1993 |
|                                                    | Poliamid         |         | 95                             | PN-P-04847.10:1993 |
| Masa powierzchniowa dzianiny na spodenki (średnia) | g/m <sup>2</sup> | 220± 15 | PN-P-04613:1997                |                    |
| Skład surowcowy dzianiny zasadniczej na spodenki   | Elastan          | %       | 5                              | PN-P-04847.10:1993 |
|                                                    | Poliamid         |         | 95                             | PN-P-04847.10:1993 |

Tablica nr 3. Odporność wybarwień dla koloru czarnego (podstawowego)

| Lp. | Rodzaj parametru | Jednostka miary | Wartość | Oznaczenie i metoda badania wg |
|-----|------------------|-----------------|---------|--------------------------------|
|     |                  |                 |         |                                |

|  |                              |                                           |           |                    |                                                                   |
|--|------------------------------|-------------------------------------------|-----------|--------------------|-------------------------------------------------------------------|
|  | pranie w temperaturze 40°C   | zmiana barwy<br>zabrudzenie bieli bawełny | [stopień] | 4/5<br>4/5         | PN-ISO105-C06:2010<br>Metoda A1S                                  |
|  | Pot alkaliczny/ kwaśny       | zmiana barwy<br>zabrudzenie bieli bawełny | [stopień] | 4/544/5<br>4/544/5 | PN-EN ISO 105-E04:2011                                            |
|  | tarcie suche<br>wzdłużwszerz | zabrudzenie bieli                         | [stopień] | 4/544/5            | PN-EN ISO 105-X12:2005 Trzpień:016mm; nacisk 9N;nasiąkliwość 100% |
|  | tarcie mokre wzdłużwszerz    | zabrudzenie bieli                         | [stopień] | 4/544/5            |                                                                   |

Zamawiający w załączniku nr 4D do SWZ WTU 75/DKWS Bielizna zimowa specjalna WS, przewidział następujące postanowienia:

Tablica nr 1. Materiały i dodatki

| Lp. | Nazwa materiału                                                             | Typ, rodzaj, charakterystyka materiału                                                             |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | Dzianina zasadnicza wykonana z przędzy NILIT® Aquarius i Bodyfresh          | dzianina dwuwarstwowa w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX         |
| 2   | Dzianina na plisę w dekolcie wykonana z przędzy NILIT® Aquarius i Bodyfresh | dzianina zasadnicza w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX           |
| 3   | Nici odzieżowe                                                              | nici z poliestrowych włókien odcinkowych o masie liniowej 160 dtex w kolorze dzianiny zasadniczej  |
| 4   | Nici odzieżowe na maszynę cztero-igłową                                     | nici poliestrowe z włókien ciągłych o masie liniowej 160 i 120 dtex w kolorze dzianiny zasadniczej |

Tablica nr 2. Charakterystyka dzianiny

| Rodzaj parametru                                    | Jednostka miary  | Wartość | Oznaczenie i metoda badania wg |
|-----------------------------------------------------|------------------|---------|--------------------------------|
| Dzianina zasadnicza dwuwarstwowa                    |                  |         |                                |
| Masa powierzchniowa dzianiny na koszulkę (średnia)  | g/m <sup>2</sup> | 213± 15 | PN-P-04613:1997                |
| Skład surowcowy dzianiny zasadniczej na koszulkę    | Elastan          | %       | 5                              |
|                                                     | Poliamid         | %       | 95                             |
| Masa powierzchniowa dzianiny na kalessony (średnia) | g/m <sup>2</sup> | 220± 10 | PN-P-04613:1997                |
| Skład surowcowy dzianiny zasadniczej na kalessony   | Elastan          | %       | 5                              |
|                                                     | Poliamid         | %       | 95                             |

Tablica nr 3. Odporność wybarwień dla koloru czarnego (podstawowego)

| Lp. | Rodzaj parametru           | Jednostka miary                                 | Wartość                 | Oznaczenie i metoda badania wg                                   |
|-----|----------------------------|-------------------------------------------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------|
|     | pranie w temperaturze 40°C | zmiana barwy -----<br>zabrudzenie bieli bawełny | [stopień]<br>4/5<br>4/5 | PN-ISO105-C06:2010<br>Metoda A1S                                 |
|     | Pot alkaliczny / kwaśny    | zmiana barwy _____<br>zabrudzenie bieli bawełny | [stopień]<br>4/5<br>4/5 | PN-EN ISO 105-E04:2011                                           |
|     | tarcie suche wzdłużwszerz  | zabrudzenie bieli                               | [stopień]               | 4/5                                                              |
|     | tarcie mokre wzdłużwszerz  | zabrudzenie bieli                               | [stopień]               | 4/5                                                              |
|     | z                          |                                                 |                         | PN-EN ISO 105-X12:2005 Trzpień:016mm;nacisk 9N;nasiąkliwość 100% |

Ponadto, zarówno dla zadania 3 jak i dla zadania 4 Zamawiający, odpowiednio w Załącznikach nr 4C i 4D do SWZ określił wymagania, jakie bielizna musi zapewniać użytkownikowi, opisano wymagania techniczno-użytkowe, a także wskazano wymagania dotyczące materiałów zasadniczych i surowców. W tym zakresie dla każdego z zadań Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Dzianina zasadnicza musi być wytwarzana w

starej technologii produkcji określonej w specyfikacji technicznej producenta lub w zakładowej dokumentacji techniczno-technologicznej wyrobu.

Nie dopuszcza się stosowania zamiennych rozwiązań surowcowych, środków pomocniczych lub innych wariantów technologii wykonania materiału bez uzyskania potwierdzenia zgodności wykonania wyrobu z wymaganiami określonymi w zestawieniu wymagań techniczno-użytkowych.”

W rozdz. V Wymagań techniczno-użytkowych nr 74/DKWS (Wymagania techniczne) wskazano, że:

„Do wykonania obowiązują:

- Wymagania Techniczno-Użytkowe,
- Specyfikacje techniczne materiałów zasadniczych i dodatków, wg wymagań określonych w tablicy nr 1,
- Bielizna specjalna letnia WS składa się z koszulki z krótkim rękawem i spodenek krótkich typu „bokserki”.

W rozdz. V Wymagań techniczno-użytkowych nr 75/DKWS (Wymagania techniczne ogólne) wskazano, że:

„Do wykonania obowiązują:

- Wymagania techniczno-użytkowe,
- Specyfikacje techniczne materiałów zasadniczych i dodatków, wg wymagań określonych w tablicy nr 1,
- Bielizna specjalna zimowa WS składa się z koszulki z długimi rękawami i kaleson długich.”

Jak wynika z protokołu kontrolowanego postępowania do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 29 czerwca 2021 r. do godz. 08:30 złożone zostały następujące oferty: w zakresie zadania nr 3 bielizna specjalna letnia WS wpłynęły 2 oferty złożone przez następujących Wykonawców:

1. Larix J.P. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku - Białej — cena oferty 837 989,16 zł;
2. Konsorcjum firm: Gaja M.G. (lider konsorcjum), FILATI M.K. Spółka Komandytowo-Akcyjna (uczestnik konsorcjum) — cena oferty 899 548,20 zł.

w zakresie zadania nr 4 — bielizna zimowa specjalna WS wpłynęły 2 oferty złożone przez następujących Wykonawców:

1. Larix J.P. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku - Białej — cena oferty 1 140 180,48 zł;
2. Konsorcjum firm: Gaja M.G. (lider konsorcjum), FILATI M.K. Spółka Komandytowo-Akcyjna (uczestnik konsorcjum) — cena oferty 1 227 751,56 zł.

Jak wynika z treści Rozdziału XVII SWZ, Zamawiający dokona oceny ofert złożonych

w postępowaniu według kryterium oceny, którym w niniejszym postępowaniu jest: Cena -100%.

Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę: Konsorcjum firm: Lider: GAJA M.G. Uczestnik konsorcjum: FILATI M.K. Sp. Jawna na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Oferty złożone w zadania nr 3 i 4 przez Larix J.P. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku -Białej zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

Prezes Urzędu przeprowadzając postępowanie wyjaśniające poprzedzające wszczęcie kontroli, zwrócił się do Zamawiającego pismem z 17 listopada 2022 r. o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy Wykonawca - LARIX J.P. Sp. Jawna zaoferował w ofercie albo na etapie realizacji zamówienia zastosowanie rozwiązań równoważnych lub lepszych w odniesieniu co zapisów zawartych w specyfikacji technicznej oraz wymagań użytkowych?
- 2) Czy Wykonawca - LARIX J.P. Sp. Jawna przy złożeniu dokumentów wraz z ofertą przedłożył przedmiotowe środki dowodowe:
  - wzór oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania,
  - dokumenty poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do

dzianiny zasadniczej,

- wyniki badań laboratoryjnych dzianiny zasadniczej wykonane przez akredytowane laboratorium potwierdzające wymagania zawarte w WTU?

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiający wyjaśnił pismem z 30 listopada 2022 r., że wykonawca Larix J.P. Spółka jawna przekazał wraz z ofertą:

- zaświadczenie o zgodności produktu z WTU 74/DKWS z dn. 24 czerwca 2021 r.
- zaświadczenie o zgodności produktu z WTU 75/DKWS z dn. 24 czerwca 2021 r.
- świadectwo z badań nr BM 591.2/2020/B/A
- świadectwo z badań nr BCH 432/993/2020/A
- świadectwo z badań nr BCH 432/991/2020/A - świadectwo z badań nr BCH 432/992/2020/A
- świadectwo z badań nr BM 591.1/2020/B/A świadectwo z badań nr BCH 237/539/2020/A - świadectwo z badań nr BM 299/2020/B/A
- świadectwo z badań nr BM 310.6/2021/G/A

Wykonawca dostarczył po jednym komplecie bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz coyote 18-0724 oraz po jednym komplecie bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz coyote 18-0724.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego we właściwych dla danego zadania WTU, Zamawiający żądał złożenia przez

wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, wraz z ofertą, niżej wymienionych przedmiotowych środków dowodowych:

dla zadania nr 3: Bielizna specjalna letnia WS — w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w Wymaganiach Techniczno-Użytkowych 74/DKWS wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany był złożyć:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania tj.: po jednym komplecie bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny letniej WS w rozmiarze L coyote 18-0724 (zgodne z WTU 74/DKWS) - stosowne dokumenty poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego, potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 74/DKWS.

dla zadania nr 4: Bielizna zimowa specjalna WS — w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w Wymaganiach Techniczno-Użytkowych 75/DKWS wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany był złożyć:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania tj.: po jednym komplecie bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L coyote 18-0724 (zgodne z WTU 75/DKWS);
- stosowne dokumenty poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego, potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 75/DKWS.

Wykonawca wraz z ofertą złożył wyniki badań dla bielizny letniej i zimowej WS wykonane w laboratorium posiadającym akredytację PCA ŁUKASIEWICZ Instytut Włókiennictwa oraz oświadczenia o zgodności produktu z WTU 74/DKWS oraz 75/DKWS. W oświadczeniach podano rodzaj przędzy użytej do produkcji bielizny, kraj pochodzenia, rok produkcji oraz kolorystykę.

W związku z tym, że bielizna specjalna letnia WS oraz bielizna zimowa specjalna WS jest kupowana tylko dla żołnierzy Wojsk Specjalnych oraz faktem, że to Wojska Specjalne opracowują dokumentację WTU według której Zamawiający (3RBLog) dokonuje zakupu (a więc przedstawiciele Wojsk Specjalnych posiadają wiedzę dotyczącą materiałów wymaganych do produkcji, konstrukcji oraz wymogów jakie ta bielizna ma spełniać), Zamawiający powołał biegłych do oceny wzorów oraz wyników badań złożonych przez Wykonawców. Zarówno wzory, wyniki badań, jak i oświadczenia były sprawdzane przez biegłych z Wojsk Specjalnych, a z w/w oceny biegli sporządzili notatkę służbową z dnia 02.07.2021 roku w której nie

stwierdzili uwag dotyczących wymogów jakie powinna spełniać oferowana bielizna. W dniu 08.07.2022 rok wpłynęło pismo od Pani M. G. dotyczące odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty oraz innych dokumentów z postępowania przetargowego 80/2021. Pismo to zostało skierowane również do Dowódcy Wojsk Specjalnych. Na przywołane pismo wpłynęła informacja z Dowództwa Komponentu Wojsk Specjalnych informująca, że Wojska Specjalne podtrzymują swoje stanowisko zawarte w notatce służbowej z dnia 02.07.2022 roku. Zamawiający biorąc pod uwagę opinię biegłych z Wojsk Specjalnych uznał, że oferowana bielizna spełnia wymagania określone w SWZ oraz WTU i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Larix. Odbioru dostarczanej bielizny w imieniu Zamawiającego dokonywało 74 Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe, które również sprawdzało wyniki badań dostarczonej bielizny i nie miało uwag. W

załączeniu: Świadectwo zgodności, deklaracja zgodności OiB, świadectwa z badań.

Dodatkowo, opowiadając na pytanie 1), Zamawiający oświadczył, że Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w WTU i SWZ.

Natomiast z odpowiedzi na pytanie 2), wynika, że wykonawca dostarczył po jednym komplecie bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX, coyote 18-0724, oliwka 19-0309 oraz po jednym komplecie bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX, coyote 18-0724, oliwka 19-0309. Wykonawca wraz z ofertą złożył wyniki badań dla bielizny letniej i zimowej WS wykonane w laboratoriach posiadających akredytację PCA — ŁUKASIEWICZ Instytut Włókiennictwa KRAJEWSKI Laboratorium oraz oświadczenia o zgodności produktu z WTU 74/DKWS oraz 75/DKWS. W oświadczeniach podano rodzaj przędzy użytej do produkcji bielizny (Nilit® Bodyfresh), kraj pochodzenia (Izrael), rok produkcji (2022) oraz kolorystykę (czarny, coyote, oliwka). Wykonawca natomiast nie przedłożył dokumentów potwierdzających wykorzystanie przędzy Nilit® Aquarius.

Pismem z dnia 18 stycznia 2023 r. Prezes Urzędu ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie „Czy Wykonawca — Larix J.P. Spółka jawna składając przedmiotowe środki dowodowe przedłożył stosowne dokumenty poświadczające użycie do produkcji bielizny specjalnej letniej WS oraz bielizny zimowej specjalnej WS przędzy Nilit® Aquarius oraz NILIT® Bodyfresh zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ i WTU?”.

Pismem z 25 stycznia 2023 r. Zamawiający wyjaśnił: W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego we właściwych dla danego zadania WTU, Zamawiający żądał złożenia przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, wraz z ofertą, niżej wymienionych przedmiotowych środków

dowodowych:

dla zadania nr 3: Bielizna specjalna letnia WS — w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w Wymaganiach Techniczno-Użytkowych 74/DKWS wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany był złożyć:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania tj.: po jednym komplecie: bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny letniej WS w rozmiarze L coyote 18-0724 (zgodne z WTU 74/DKWS)
- stosowne dokumenty poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego, potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 74/DKWS.

dla zadania nr 4: Bielizna zimowa specjalna WS — w celu oceny zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami określonymi w Wymaganiach Techniczno-Użytkowych 75/DKWS wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany był złożyć:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania tj.: po jednym komplecie: bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L coyote 18-0724 (zgodne z WTU 75/DKWS)
- stosowne dokumenty poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego, potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 75/DKWS.

Wykonawca Larix J.P. Spółka Jawna wraz z ofertą złożył wyniki badań dla bielizny letniej zimowej WS wykonane w laboratorium posiadającym akredytację PCA — ŁUKASIEWICZ Instytut Włókiennictwa oraz oświadczenia o zgodności produktu z WTU 74/DKWS oraz 75/DKWS. W oświadczeniach podano rodzaj przędzy użytej do produkcji bielizny, kraj pochodzenia, rok produkcji oraz kolorystykę stwierdzając, iż przędza użyta do produkcji bielizny specjalnej letniej WS oraz bielizny zimowej specjalnej WS to Nilit Body Fresh wyprodukowana w 2021 roku w Izraelu.

Pismem z 21 marca 2023 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego o rozszerzeniu zakresu kontroli z urzędu oraz zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie przyczyn, z uwagi na które Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia odniesienia do znaków towarowych oraz pochodzenia produktów od konkretnych producentów — Nilit® Aquarius i Nilit®BodyFresh, jak również przyczyn, z uwagi na które Zamawiający nie wskazał wyrazów „lub równoważny” oraz nie wskazał kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

Ponadto zwrócono się także o wyjaśnienie w jaki sposób Wykonawcy mieli uzyskać potwierdzenie zgodności w związku z użyciem przez Zamawiającego w warunkach techniczno-użytkowych stwierdzenia o następującej treści: nie dopuszcza się stosowania zamiennych rozwiązań surowcowych, środków pomocniczych lub innych wariantów technologii wykonania materiału bez uzyskania potwierdzenia zgodności wykonania wyrobu z wymaganiami określonymi w zestawieniu wymagań techniczno-użytkowych.

Pismem przekazanym do Urzędu w dniu 29 marca 2023 r. Zamawiający złożył wyjaśnienia następującej treści: W zakresie wyjaśnienia przyczyn, z uwagi na które Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia odniesienia do

znaków towarowych oraz pochodzenia produktów od konkretnych producentów - Nilit® Aquarius Nilit® BodyFresh oraz przyczyn, z uwagi na które Zamawiający nie wskazał kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności wyjaśniam, iż Zamawiający — 3 Regionalna Baza Logistyczna (3RBlog) w dniu 17.11.2020 roku pismem nr Z-1769/20 otrzymał polecenie przeprowadzenia postępowania przetargowego na zakup w/w przedmiotów zgodnie z dokumentacją nr 74/DKWS oraz 75/DKWS.

W celu realizacji w/w polecenia Zamawiający wszczął postępowanie przetargowe nr 80/2021. Zgodnie z regulacjami prawnymi obowiązującymi w momencie wszczęcia postępowania przetargowego, w Resorcie Obrony Narodowej {Decyzja nr 384/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 września 2015 r. z późn. zm.) do zadań gestora Spółki należało określenie wymagań eksploatacyjno-technicznych (§ 2, pkt 1 ppkt „6) dla Spw wprowadzanego do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz sprzętu powszechnego użytku planowanego do pozyskania dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w trybie zakupu poprzez opracowywanie danych uzupełniających do przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień.

Z uwagi na powyższe Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych przekazało Zamawiającemu dokumentację — tj. Wymagania Techniczno-Użytkowe (WTU) nr 74/DKWS — bielizna specjalna letnia WS oraz WTU nr 75/DKWS bielizna zimowa specjalna WSI stanowiąca opis przedmiotu zamówienia, z której to dokumentacji zostały użyte przez Gestora SpW wymagania dotyczące dzianiny zasadniczej wykonanej z przędzy Nilit® Aquarius i Nilit® Bodyfresh (bez jednoczesnego wskazania, że może to być materiał równoważny jak i podania kryteriów równoważności) oraz zamieszczone zostało wymaganie, iż „nie dopuszcza się stosowania zamiennych rozwiązań surowcowych, środków pomocniczych lub innych wariantów technologii wykonania materiału bez uzyskania potwierdzenia zgodności wykonania wyrobu z wymaganiami określonymi w zestawieniu wymagań techniczno-użytkowych”. W/w dokumentacja zatwierdzona przez Dowódcę Komponentu Wojsk Specjalnych przekazana została Zamawiającemu jako plik pdf — bez możliwości ingerencji ze strony Zamawiającego w treści w niej zawarte.

Wszystkie pytania od potencjalnych Wykonawców dotyczące opisu przedmiotu zamówienia jak też propozycje ewentualnych zmian w dokumentacji (tj. WTU) przekazywane są przez Zamawiającego do Instytucji Ekspertkiej (Gestora), który dokonuje wyjaśnień treści WTU oraz podejmuje decyzje w sprawie zmiany ich treści, ponieważ Zamawiający nie jest decydem w sprawach związanych z otrzymanym w postaci WTU — opisem przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo, do oceny zgodności wzorów (próbek) kupowanych przedmiotów umundurowania składanych przez Wykonawcę wraz z ofertą z wymaganiami zawartymi w WTU powoływani są biegli z Wojsk Specjalnych.

Zamawiający podkreślił, że stosowanie wymogu użycia przędzy Nilit® Aquarius i Nilit® BodyFresh, nie musi wiązać się jednoznacznie z naruszeniem konkurencyjności ponieważ przedmiotowe przędze są ogólnie dostępne na rynku i równe podmioty działające w tej branży mogą ich używać.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił m.in., że „Jednocześnie zwracam uwagę, że od roku 2019 sukcesywnie dokonywane są zmiany zapisów zawartych w wymaganiach techniczno-użytkowych dla PUIW WS. W przypadku przedmiotowych bielizn zmiany zostały wprowadzone do WTU 74/DKWS oraz 75/DKWS w roku 2022 — zostały zmodyfikowane oraz dodana została do treści KLAUZULA RÓWNOWAŻNOŚCI, a kolejna zmiana wprowadzona została w roku bieżącym ze wskazaniem „lub równoważna” i określeniem równoważności (przesłane za pismem nr 379/23 z dnia 16.01.2023 r. dotyczącym przesłania wymagań techniczno-użytkowych PUIW WS do postępowań w 2023 r.).”.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Larix Janusz Pieta Sp. j. z siedzibą w Bielsku - Białej w zakresie zadania nr 3 oraz zadania nr 4 jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia. Wykonawca, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia publicznego, nie wykazał spełniania warunków zamówienia tj. przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w zaproponowanym komplecie bielizny przędzy Nilit® Aquarius wymienionej przed Zamawiającym w WTU

Prezes Urzędu wskazał, że jak wynika z przesłanych przez Zamawiającego do Urzędu wyjaśnień i dokumentów, oferta wykonawcy Larix J.P. Sp. j. nie potwierdza, aby zaoferowana bielizna specjalna letnia WS oraz bielizna specjalna zimowa WS była zgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi spełnienia zastosowania przędzy Nilit® Aquarius. W ofercie przedłożonej przez ww. Wykonawcę brak jest informacji o ww. przędzy natomiast wymieniona jest inna przędza, której zastosowania wymaga Zamawiający tj. Nilit® BodyFresh.

Prezes Urzędu wskazał, że Larix J.P. Sp. z siedzibą w Bielsku-Białej potwierdza, że przędza użyta do produkcji proponowanej bielizny specjalnej letniej WS marki Viking, która jest marką własną należącą do firmy Larix to: Nilit Bodyfresh.

Prezes Urzędu wskazał również, że Larix J.P. Sp. z siedzibą w Bielsku-Białej potwierdza, że przędza użyta do produkcji proponowanej bielizny specjalnej zimowej WS marki Viking, która jest marką własnością należącą do firmy Larix to: Nilit Bodyfresh.

Prezes Urzędu wyjaśnił następnie, że w świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni dysponować jednakowymi, jasnymi i precyzyjnymi informacjami dotyczącymi postawionych w postępowaniu wymagań oraz sposobu oceny ich spełniania. Zamawiający dokonał oceny oferty Wykonawcy Larix Janusz Pieta Sp. j. jako zgodnej ze

specyfikacją warunków zamówienia w zakresie złożenia przedmiotowych środków dowodowych tj. dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do produkcji dzianiny zasadniczej wbrew wyraźnemu wymaganiu sformułowanemu przez siebie w SWZ.

Prezes Urzędu przypomniał, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dostarczenie wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia opisywane lub określane są w dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ, OPIW (art. 7 pkt 3 PZP). Z definicji warunków zamówienia, a także obligatoryjnych elementów SWZ lub OPIW wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia jego realizacji (merytorycznych), określane są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie

omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego.

Prezes Urzędu zaznaczył, że Zamawiający może żądać złożenia przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań lub cech określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiach związanych z jego realizacją (art. 106—107 PZP). W świetle art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożył je niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie tylko w przypadku, kiedy przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jeżeli zatem złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają, że przedmiot oferty nie spełnia określonych przez zamawiającego cech lub wymagań, zamawiający nie może wezwać do poprawienia tych środków w celu potwierdzenia wymaganej zgodności. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu oferta wykonawcy Larix J.P. Sp. j. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż Wykonawca Larix J.P. Sp. j. w kontrolowanym postępowaniu przedstawił zaświadczenie o wykorzystaniu jedynie przędzy Nilit® BodyFresh. Zamawiający w WTU nr 74/DKWS oraz WTU nr 75/DKWS wymagał zastosowania następujących przędz: Nilit® Aquarius oraz Nilit® BodyFresh.

Reasumując Prezes Urzędu uznał, że przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Larix J.P. sp. j. Zamawiający naruszył. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która powinna zostać odrzucona.

Naruszenie art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”.

Prezes Urzędu wskazał na postanowienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wskazane w załącznikach 4C i 4D do SWZ, Tablice 1, 2, 3 dla każdego z zadań. Prezes Urzędu

ponadto odnotował, że wskazując przyczyny zaniechania zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „lub równoważny”, a także zaniechania wskazania kryteriów równoważności, Zamawiający powołał się na otrzymane polecenie/rozkaz postępowania przetargowego na zakup w/w przedmiotów zgodnie z dokumentacją nr 74/DKWS oraz 75/DKWS.

Prezes Urzędu wskazał, że w toku kontroli ustalił, iż opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający posłużył się znakami towarowymi Nilit® Aquarius oraz Nilit® Bodyfresh. Prezes Urzędu wskazał w informacji o wyniku kontroli, że ustalił, iż marka Nilit stanowi znaki towarowe w rozumieniu art. 99 ust. 5 ustawy Pzp zastrzeżone na rzecz Nilit Ltd.

Następnie Prezes Urzędu wskazał, że stosownie do treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych,

patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności (ust. 6).

Prezes Urzędu podkreślił przy tym, że przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje 2 przesłanki, których kumulatywne spełnienie wyłącza generalny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia m.in. przez wskazanie znaków towarowych, które to przesłanki stanowią:

- 1) niemożność opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp.,
- 2) użytym znakom towarowym, patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Odnosząc powyższe do opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot badania w toku przeprowadzonej kontroli, Prezes Urzędu wskazał, że powyższe przesłanki nie zostały spełnione.

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu wskazał, iż Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych, które przekazało Wymagania Techniczno-Użytkowe (WT U) nr 74/DKWS — bielizna specjalna letnia WS oraz WTU nr 75/DKWS bielizna zimowa specjalna WS, która stanowiła opis przedmiot zamówienia, w której to wskazano przędze Nilit® Aquarius oraz Nilit® BodyFresh bez podania klauzuli równoważności, w piśmie z dnia 27 marca 2023 r. nie

wskazało przyczyny nieuwzględnienia określenia „lub równoważny” oraz nie wskazało kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Nadmieniono, iż dokumentacja Wymagań Techniczno-Użytkowych została przejęta od rozwiązanego Inspektoratu Wojsk Specjalnych DG RSZ oraz że przedmiotowe przędze są ogólnie dostępne na rynku.

Następnie Prezes Urzędu zauważył, że istniała możliwość opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwoływania się do znaku towarowego, co wynika przede wszystkim z faktu sprecyzowania przez Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych szczegółowej charakterystyki żądanych produktów w sekcji VI „Wymagania dotyczące materiałów zasadniczych i surowców” tablicy 1 oraz tablicy 2 Wymagań Techniczno-Użytkowych nr 74/DKWS „Bielizna specjalna letnia WS” oraz Wymagań Techniczno-Użytkowych nr 75/DKWS „Bielizna zimowa specjalna WS” stanowiącej odpowiednio załącznik nr 4C do SWZ oraz załącznik nr 4D do SWZ. W treści wyjaśnień przekazanych do Urzędu w dniu 29 marca 2023 r. Zamawiający nadmienił, że otrzymał polecenie przeprowadzenia postępowania przetargowego na zakup przedmiotów umundurowania i wyekwipowania zgodnie z przekazaną dokumentacją, w którą nie miał możliwości ingerencji. Natomiast Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych w piśmie z dnia 27 marca 2023 r. nie wskazało żadnych okoliczności, z których wynikałaby niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwołania się do znaków towarowych nadmienając tylko, że za wskazaniem przędzy Nilit® Aquarius i Nilit® BodyFresh przyswieceła idea zapewnienia żołnierzom bielizny na najwyższym możliwym/dostępnym poziomie oraz że ww. przędze są ogólnie dostępne na rynku. W tym względzie Prezes Urzędu podkreślił, iż z uwagi na wyjątkowy charakter regulacji dającej możliwość odstąpienia od generalnej zasady niestosowania odniesień do znaków towarowych przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, musi być ona interpretowana ściśle. Oznacza to, że Zamawiający nie ma możliwości dowolnego wyboru pomiędzy opisywaniem przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych albo bez ich użycia w sytuacji, gdy może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwołania do takiego znaku. W szczególności brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający ma możliwość stosowania znaków towarowych jako sformułowań pomocniczych, mających doprecyzować opis przedmiotu zamówienia, podczas gdy możliwość precyzyjnego określenia tego przedmiotu możliwa jest bez odniesienia do znaku towarowego. Fakt zaistnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń z góry wyłącza, zdaniem Prezesa Urzędu, potencjalne uprawnienie Zamawiającego do posładowania się odwołaniem do znaku towarowego przy opracowywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wydane w podobnej

do analizowanej sprawie, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2023 r. sygn. akt KIO/KD 1/23.

Jednocześnie Prezes Urzędu podkreślił, że nie budzi wątpliwości fakt nieużycia w treści opisu przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważny” pomimo wskazania znaku towarowego, czego nie kwestionuje Zamawiający także w przekazanych do Urzędu wyjaśnieniach. Ponadto Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych w ww. piśmie nie wskazało konkretnych przyczyn dlaczego nie zostało w dokumentacji uwzględnione określenie „lub równoważny” ze wskazaniem kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Podkreślić należy, iż ratio legis sprecyzowania przez ustawodawcę konkretnej frazy przesądzającej o dopuszczalności opisu przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem znaków towarowych stanowiła chęć ograniczenia rozbieżności interpretacyjnych w tym zakresie. W ocenie Prezesa Urzędu treść przesłanki, o której mowa w pkt 2) wyłącza a contrario możliwość zastąpienia sformułowania „lub równoważny” jakimkolwiek innym zwrotem, niezależnie od jego możliwego zbliżonego znaczenia słownikowego. Ścisły formalizm danej przesłanki wyłącza jednocześnie możliwość badania rzeczywistej woli Zamawiającego co do dopuszczenia produktów równoważnych, gdy Zamawiający posłużył się odwołaniem do konkretnych znaków towarowych bez zastosowania właściwej frazy wynikającej z treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu w konsekwencji wskazał, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom

jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest zatem opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem ograniczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 stycznia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 139/21

Prezes Urzędu podkreślił, że opisanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem znaków towarowych mogło doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów m.in. z uwagi na fakt, iż taki opis przedmiotu zamówienia mógł skutkować rezygnacją z udziału w postępowaniu przez wykonawców oferujących produkty inne aniżeli oznaczone danym znakiem towarowym, co należy uznać za działanie mogące utrudniać uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, że przez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, że naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ fakt posłużenia się odniesieniem do znaku towarowego przy braku spełnienia przesłanek warunkujących dopuszczalność takiego działania, mógł wprowadzać potencjalnych wykonawców w błąd co do możliwości zaoferowania produktu innego aniżeli oznaczonego określonym znakiem towarowym, a w konsekwencji mogło to mieć wpływ na podjęcie przez nich decyzji o rezygnacji z udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Prezes Urzędu wyraził aprobatę wprowadzonej przez Zamawiającego zmiany postanowień w kolejnych wszczynanych przez Zamawiającego postępowaniach, jednak nie zmienia to faktu naruszenia przepisów art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w kontrolowanym postępowaniu.

## II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

Wynikowi kontroli Zamawiający zarzucił:

- 1) brak naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy LARIX J.P. spółka jawna w zakresie zadania nr 3 i 4 jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia z uwagi na brak wykazania spełniania warunków zamówienia to jest brak przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w zaproponowanym komplecie bielizny przędzy NIL.IT® Aquarius wymienionej przez zamawiającego w WTU,
- 2) brak naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką zamówienia, braku niemożności opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”,
- 3) całkowite pominięcie w toku prowadzonej kontroli, że poza oświadczeniem wykonawcy na ofertę składały się:
  - a) druk oferta w którym wykonawca wyraźnie stwierdził, że oferowany przedmiot zamówienia posiada parametry zgodne z zapisami zawartymi w WTU stanowiących odpowiednio załączniki nr 4A do 4D do SWZ a więc także w zakresie rodzaju oferowanej przędzy,
  - b) dokument - próbka, która podlegała ocenie przez biegłych, którzy w protokole nie stwierdzili niezgodności z treścią warunków zamówienia, lub WTU w zakresie użytej dzianiny,
- 4) błędną wykładnię zapisu SWZ dotyczącą przedmiotowych środków dowodowych opisanych literze C polegającą na uznaniu, że określenie „rodzaj przędzy” to nic innego jak podanie znaku handlowego przędzy bądź jej producenta,
- 5) błędną wykładnię zapisu „warunek zamówienia” wymienionego w art. 226 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że przedmiotowe środki dowodowe stanowią warunek zamówienia,
- 6) błędne uznanie, jakoby zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę jako przedmiotowego środka dowodowego, że używa przędzy o określonej nazwie określonego producenta,
- 7) błędną wykładnię zapisu SWZ dotyczącego rodzaju przędzy jako sprowadzającego się do podania nie rodzaju ale producenta przędzy i znaku handlowego(nazwy handlowej).

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że istota naruszenia sprowadza się do twierdzenia o braku przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w próbce białiny przędzy określonego producenta o określonej zastrzeżonej nazwie handlowej. Zamawiający potwierdził przy tym, że w całej ofercie wykonawcy nie widnieje nazwa Nilit® Aquarius. Powyższe jednak nie jest równoznaczne z niezgodnością oferty z zapisami SWZ. Zamawiający podkreślił, że w całej SWZ zamawiający nie wymagał podania nazwy producenta przędzy, jak również znaku towarowego przędzy czy też jej nazwy handlowej. A zatem czynienie zarzutu, że z treści oferty Larix nie wynikają dane których zamawiający nie wymagał nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy. Wykonawca w oświadczeniu własnym zawarł informacje dotyczące roku produkcji przędzy oraz jej pochodzenia.

Zdaniem Zamawiającego, Prezes Urzędu mylnie utożsamia rodzaj przędzy z jej nazwą handlową, znakiem towarowym oraz podaniem nazwy producenta. W ocenie Zamawiającego, podanie nazwy Nilit® Aquarius nie stanowi określenia rodzaju przędzy.

Skutkiem opisanej powyższej błędnej wykładni jest postawienie zamawiającemu całkowicie chybionego zarzutu braku odrzucenia oferty z uwagi na brak zaoferowania przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających korzystanie przędzy Nilit® Aquarius.

Zamawiający podniósł, że Prezes Urzędu pominął oczywisty i niekwestionowany w doktrynie i orzecznictwie fakt, że próbka jest dokumentem. Dla spełnienia wykazania rodzaju przędzy wystarczającym było przedłożenie przez wykonawcę dokumentu w postaci próbki. O ile z próbki nie można odczytać danych dotyczących roku produkcji i jej pochodzenia, to stwierdzenie rodzaju przędzy (a nie jej nazwy handlowej i producenta) dla osób posiadających wiedzę specjalistyczną (biegłych) jest wystarczające dla pozyskania z owej próbki informacji o

rodzaju przędzy. Podkreślić należy że zgodnie z danymi zawartymi w Wikipedii podstawowe rodzaje przędz to pojedyncze, nitkowane łączone, czy też ozdobne nitkowane. W żadnym opracowaniu nie utożsamia się rodzaju przędzy z jej nazwą handlową czy też nazwą producenta.

Zamawiający powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 31 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 708/23.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał na specyfikę SWZ w tym postępowaniu, która składała się z dokumentu głównego, którego autorem był zamawiający a w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w szczególności tych kwestionowanych przez Prezesa UZP zapisów, zamawiający wykonał rozkaz odwołał się do dokumentu, którego nie był autorem, którego zgodnie z obowiązującymi przepisami nie miał prawa ani możliwości zmienić.

Zamawiający podkreślił, że dokumenty te są wynikiem prac prowadzonych przez inny podmiot niż Zamawiający. Zamawiający wskazał, że osoba zatwierdzająca SWZ była żołnierzem. Dokonując modyfikacji treści WTU popełniłaby przestępstwo z art. 231 kk (funkcjonariusz publiczny przekroczyłby swoje uprawnienia) a dodatkowo wykonałaby rozkaz w rozumieniu art. 115 § 18 kk z dokonaniem jego modyfikacji. Takie działanie stanowi przestępstwo stypizowane w art. 344 kodeksu karnego. Powyższe oznacza, że osoba odpowiedzialna za opis przedmiotu zamówienia nie ma swobody w opisie przedmiotu zamówienia. Jest w tym zakresie związana treścią polecenia służbowego (rozkaz) i zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych, która nakazuje dokonanie zakupu tak, aby umundurowanie (w tym przypadku białina dla wojsk specjalnych) mogły być wykorzystane i przydzielone żołnierzom wojska polskiego.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że właścicielem tej dokumentacji jest Skarb Państwa — Ministerstwo Obrony Narodowej. Nie ma możliwości, aby przedmiot postępowania był wyprodukowany i wprowadzony do obrotu w oparciu o tę dokumentację dla podmiotu innego niż Ministerstwo Obrony Narodowej.

Zamawiający powołał licznie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że każdy opis przedmiotu zamówienia eliminuje pewno grono wykonawców z udziału w postępowaniu.

Ponadto zdaniem Zamawiającego, WTU zawiera dopuszczenie stosowania technologii równoważnych (tabelki, opisy przędzy), choć faktycznie sposób ich zapisania mógłby być bardziej czytelny i jednoznaczny. Zamawiający nie kwestionował, że nie zawarto zapisu „lub równoważny.”

### III.

Prezes Urzędu pismem z 29 czerwca 2023 r. poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń oraz przekazuje je na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za protokołem kontroli i informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne odpowiadają co do zasady rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

Uzupełniając w ocenie Izby wskazać należy, że 17 czerwca 2021 r., w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców o treści: „Zamawiający w dokumentacji WTU 74 i WTU 75 w punkcie VI Tablica nr 1 dla zadania 3 i 4 sprecyzował skład dzianiny wymaganej do użycia przy produkcji bielizny letniej i zimowej. Opisane przy pomocy nazw handlowych dzianiny składające się z przędzy tj. Aquarius i BodyFresh (funkcja antibakteryjna) pochodzą od zaledwie jednego producenta – izraelskiej formy Nilit®, co w stopniu rażąco zaburzać może uczciwą konkurencję. Bazowym składnikiem przędzy Aquarius i BodyFresh jest poliamid. W odniesieniu do art. 99 punkt 5, 6 i 7 ustawy PZP, czy Zamawiający dopuści jako rozwiązanie o parametrach równoważnych zastosowanie dzianin o charakterystykach nie gorszych niż wymagane, jednak o bazowym składniku innym niż poliamid? Dla przędzy Aquarius odpowiednio przędzę o składzie poliestrowym, czyli Coolmax, a dla przędzy BodyFresh odpowiednio przędzę polipropylenową z jonami srebra. (...)”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający nie dopuszcza rozwiązania polegającego na zastosowaniu dzianin z innego składnika bazowego niż opisany w WTU.”

Ad naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Larix J.P. Sp. j. z siedzibą w Bielsku - Białej w zakresie zadania nr 3 oraz zadania nr 4 jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia. Wykonawca, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia publicznego, nie wykazał spełnienia warunków zamówienia tj. przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w zaproponowanym komplecie bielizny przędzy Nilit® Aquarius wymienionej przez Zamawiającego w WTU

Zastrzeżenia Zamawiającego co do powyższego naruszenia nie zasługują na uwzględnienie z następujących powodów. Jest bezsporne, że w kontrolowanym postępowaniu o zamówienie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w zadaniu 3 i 4 zaofერowali bieliznę wykonaną z „dzianiny zasadniczej wykonanej z przędzy NILIT® Aquarius i Bodyfresh”. Powyższe wynika wprost z treści dokumentów zamówienia, w tym w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w treści WTU dla każdego z zadań. Zatem dzianina zasadnicza miała być dzianiną dwuwarstwową składającą się z obu ww. przędzy. Powyższe wynika wprost z tablicy 1 i 2 zawartych w WTU dla każdego z zadań będących przedmiotem kontroli. Istotne przy tym jest, że sam Zamawiający już w treści OPZ wskazał (co wynika z treści Tablicy 1 dla każdego z zadań), że pod pojęciem przędzy należy rozumieć Nilit® Aquarius i Bodyfresh. Istotne jest również użycie spójnika „i”, tj. spójnika łącznego, oznaczającego że łączone pojęcia są tak samo ważne. Innymi słowy używając spójnika „i”, Zamawiający zobowiązany był wymagać potwierdzenia zaofęrowania przedmiotu zamówienia składającego się z dzianiny dwuwarstwowej składającej się zarówno z przędzy Nilit® Aquarius i Nilit® Bodyfresh. W ocenie Izby, Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, że Zamawiający zaniechał powyższego, w tym zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Larix J.P. Sp. j. z siedzibą w Bielsku - Białej z uwagi na zaniechanie wykazania przez tego wykonawcę, że zaofęrowany przez niego przedmiot zamówienia został wykonany z przędzy Nilit® Aquarius i Bodyfresh.

Izba nie zgadza się z zarzutem wskazanym w treści zastrzeżeń do Informacji o wyniku kontroli, zgodnie z którym Prezes Urzędu błędnie utożsamia rodzaj przędzy z podaniem znaku towarowego przędzy bądź jej producenta. Jak wyjaśniono wyżej, Zamawiający sam w treści dokumentów zamówienia przyjął takie podejście, a stanowisko to było przez Zamawiającego podtrzymane na etapie postępowania wyjaśniającego poprzedzającego przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu kontrolę.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego błędnej interpretacji przez Prezesa Urzędu pojęcia „warunki zamówienia”, również nie zasługuje ono w ocenie Izby na aprobatę. Izba podziela wyrażone w tym zakresie w Informacji o wyniku kontroli stanowisko Prezesa Urzędu i przyjmuje je jako własne.

W zakresie argumentacji dotyczącej pominięcia przez Prezesa Urzędu okoliczności, że w postępowaniu obok dokumentów potwierdzających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy, a także wyników badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzających wymagania zawarte w tablicy nr 2, była wymagana również próbka, która także w okolicznościach tej sprawy postrzegana powinna być jako dokument, Izba wskazuje co następuje.

Z treści Rozdziału IV SWZ zmodyfikowanej zmianą z 11 czerwca 2021 r., wynika, że dokumenty w postaci „stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do produkcji dzianiny zasadniczej, wyniki badań akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2” oraz wzorów bielizny były wymagane „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego we właściwych dla danego zadania WTU (...)”.

Lektura WTU dla zadania 3 i 4 prowadzi do wniosku, że wymagania dla tego zakresu zamówienia były złożone i różnorodne, co znajduje odzwierciedlenie chociażby w treści poszczególnych tablic i rysunków. Oczywistym jest, że na podstawie próbki ciężko byłoby Zamawiającemu zweryfikować chociażby rok produkcji, pochodzenie czy rodzaj przędzy użytej do wykonania przedmiotu oferty, a także wymagania zawarte w tablicy nr 2 każdego z WTU. Prawdopodobnie było to powodem, dla którego Zamawiający wymagał „stosownych dokumentów” potwierdzających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do produkcji dzianiny, a także żądał przedstawienia wyników badań z akredytowanego laboratorium badawczego, potwierdzających wymagania zawarte w tablicy nr 2. Dodatkowo nie może umknąć uwadze, że opinia biegłych, choć potwierdza zgodność zaofęrowanego przedmiotu zamówienia z SWZ, została wydana na podstawie wszystkich dokumentów przedmiotowych złożonych wraz z ofertą, a nie tylko na podstawie samej próbki.

Z notatki służbowej z 2 lipca 2021 r. wynika, że w zakresie dostarczonych wzorów i pozostałych przedmiotowych środków dowodowych, została dokonana ocena organoleptyczna. Następnie z notatki tej wynika jedynie, że nikt z osób oceniających nie miał uwag, co zostało wyrażone stwierdzeniem „brak uwag”. Innymi słowy biegli powołani przez Zamawiającego do oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia dokonali tej oceny nie tylko na podstawie dostarczonych próbek, ale też z uwzględnieniem pozostałych dokumentów. Ponadto dokonując tej oceny nie zlecali żadnych badań, ani nie przeprowadzali badań we własnym zakresie, celem dokonania własnych ustaleń a następnie porównania ich wyników z dostarczonymi przez wykonawcę dokumentami, lecz ocena miała charakter jedynie

poznawczy, a w ten sposób nie jest możliwe ustalenie w ocenie Izby, takich wartości jak chociażby rodzaj przędzy, pochodzenie oraz rok produkcji. Stąd też, zdaniem Izby, Prezes Urzędu prawidłowo przyjął, że ten zakres oceny zgodności przedmiotu oferty z warunkami zamówienia miał zostać dokonany w oparciu o „stosowne dokumenty”. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza na tę okoliczność przedstawił dwa zaświadczenia z 24 czerwca 2021 r., jedno z nich odnosi się do zaofferowanej białizny specjalnej letniej, a drugie do białizny specjalnej zimowej. Oba zaświadczenia potwierdzają, że przędza użyta do produkcji obu tych rodzajów białizny to Nilit® Bodyfresh. Jednocześnie, co zostało przyznane wprost przez samego Zamawiającego, z żadnego innego dokumentu stanowiącego treść oferty wykonawcy Larix J.P. spółka jawna z siedzibą w Bielsku – Białej nie

wynika aby do produkcji zaofferowanej białizny zarówno letniej jak i zimowej została użyta również przędza Nilit® Aquarius. Zamawiający, choć odwołuje się do dokonanej przez biegłych oceny, nie przyznaje jednocześnie że na podstawie dokonanej przez nich badania próbki możliwe było stwierdzenie, że przedmiot oferty został wykonany również z przędzy Nilit® Aquarius.

Ad naruszenia art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”

W ocenie Izby zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie również w zakresie w jakim odnoszą się do stwierdzonego naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Jak stanowi art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Natomiast stosownie do treści art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Innymi słowy, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia nie może zostać opisany w sposób wystarczająco precyzyjny i zrozumiały, zamawiający może w celu opisanie przedmiotu zamówienia posłużyć się wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale wówczas takiemu opisowi muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”, a także zamawiający stosownie do ust. 6 jest zobowiązany wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Jest okolicznością bezsporną, że opisując przedmiot zamówienia w zakresie kontrolowanego zamówienia dla zadania 3 i 4, Zamawiający posłużył się znakami towarowymi Nilit® Aquarius i Nilit® Bodyfresh. Składnikiem bazowym tych przędz jest opisany w WTU poliamid, co zostało wprost potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie z 17 czerwca 2021 r.

Izba dostrzegła również, że w treści WTU dla obu zadań Zamawiający wskazał: „Nie dopuszcza się stosowania zamiennych rozwiązań surowcowych, środków pomocniczych lub innych wariantów technologii wykonania materiału bez uzyskania potwierdzenia zgodności

wykonania wyrobu z wymaganiami określonymi w zestawieniu wymagań techniczno-użytkowych.” Jednak zestawiając powyższe z treścią odpowiedzi na pytanie z 17 czerwca 2021 r., Izba ocenia, że faktycznie Zamawiający nie dopuszczał możliwości zaofferowania wyrobów wyprodukowanej z innej przędzy, co Zamawiający wprost potwierdził odpowiadając „Zamawiający nie dopuszcza rozwiązania polegającego na zastosowaniu dzianin z innego składnika bazowego niż opisany w WTU”.

Innymi słowy, treść opisu przedmiotu zamówienia a także same wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego na etapie postępowania wyjaśniającego poprzedzającego przeprowadzenie kontroli, potwierdzają, że celem Zamawiającego był zakup białizny specjalnej letniej i zimowej wykonanych z przędzy Nilit® Aquarius i Nilit® Bodyfresh.

Jedynym powodem, dla którego Zamawiający zastosował kwestionowany opis przedmiotu zamówienia było otrzymanie w tym zakresie rozkazu. Choć Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionuje obowiązków związanych z koniecznością zastosowania się do otrzymanego rozkazu, wskazać jednocześnie należy, że przesłanka poddania się rozkazowi nie może w świetle brzmienia art. 99 ustawy Pzp usprawiedliwiać odstępiania od zasad odnoszących się do sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym zakresie skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko Izby wyrażone w powołanej przez Prezesa Urzędu uchwale z dnia 2 lutego 2023 r., KIO/KD 1/23.

Dodatkowo odnotować należy, że w kolejnych postępowaniach możliwe było wprowadzenie zmian mogących czynić zadość wymogom wskazanym w regulacjach art. 99 ustawy Pzp odnoszących się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia.

Reasumując powyższe, zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/162/22/DKZP, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w okolicznościach tej sprawy, nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 Pzp - wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....