Sygn. akt KIO/KD 17/23

UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 17 października 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 20 września 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Zakład Usługowo-Produkcyjny

Lasów Państwowych w Łodzi ul. Legionów 113

91-073 Łódź

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej DKZP.WKZ3.442.177.2022.JB z dnia 6 września 2023 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP – część nr 1 pn. „Koszula damska i męska"

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Członkowie: Beata Pakulska-Banach

Aleksandra Patyk

wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP", w zakresie części nr 1 zamówienia pn. „Koszula damska i męska" zakończone zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w dniu 21 marca 2023 r. z Wykonawcą – Zakładem Odzieżowym „MODAR" sp. z o.o.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes UZP", działając na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której w Informacji o wyniku kontroli z dnia 6 września 2023 r. stwierdził naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a także w sposób proporcjonalny, jak również – naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Prezes UZP ustalił i stwierdził, co następuje.

W treści dokumentu pn. „Dokumentacja techniczno-technologiczna. Mundur wyjściowy. Koszula męska z długim rękawem w kolorze białym" oraz dokumentu pn. „Dokumentacja techniczno-technologiczna. Mundur wyjściowy. Koszula damska z długim rękawem w kolorze białym" stanowiących jako załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) element opisu przedmiotu zamówienia dla części nr 1 zamówienia (Rozdział IV SWZ), w punkcie 2.2, Tabela 2, podpunkcie 3 wskazano wymóg dotyczący splotu tkaniny oznaczony jako „splot skośny 3/1 Z".

Jednocześnie stwierdzono, iż treść §3 ust. 3-6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, z uwzględnieniem zmian treści SWZ zgodnie z treścią dokumentu pn. „Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ" z dnia 14 marca 2022 r., posiada następujące brzmienie:

§3

Termin realizacji Przedmiotu Umowy

3. Wykonawca w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy zobowiązany jest do przekazania, do akceptacji Zamawiającego, odszytego/gotowego wzoru asortymentu zgodnego z dokumentacją techniczno-technologiczną dla każdej z części zamówienia* wraz z próbkami surowców i materiałów zgodnych z dokumentacją technicznotechnologiczną. Do złożonego wzoru wraz z próbkami surowców i materiałów Wykonawca składa Deklarację zgodności według normy PN-EN ISO/IEC 17050-1 lub normy równoważnej, podpisaną przez Wykonawcę lub jego upoważnionego przedstawiciela, poprzedzoną odpowiednimi badaniami (oddzielną na każdy asortyment). Deklaracja zgodności musi być poparta badaniami laboratoryjnymi (wykonanymi przez Wykonawcę na jego koszt) z akredytowanego laboratorium lub jednostki badawczej, (wymóg akredytacji nie dotyczy sytuacji,

gdy dana metoda badawcza nie jest oferowana na terenie Polski przez żadne akredytowane laboratorium bądź jednostkę badawczą) wykonanymi nie wcześniej niż 2 miesiące licząc wstecz od terminu złożenia odszytego/gotowego wzoru. Dokumenty są przekazywane na adres mailowy wskazany przez Zamawiającego, pakietami do asortymentu, którego dotyczą. Dokumenty muszą być opatrzone podpisem elektronicznym Wykonawcy. Zamawiający dokona przeglądu wymaganych dokumentacją techniczno-technologiczną badań laboratoryjnych i metodyk badawczych złożonych przez Wykonawcę wraz z odszytym/gotowym wzorem. Zamawiający dokona oceny wzorów i zgodności wyrobu z dokumentacją techniczno-technologiczną. W ramach czynności ocenia się spełnienie przez wyrób wymagań zawartych w dokumentacji techniczno – technologicznej w szczególności w zakresie konstrukcji wyrobów, jakości konfekcjonowania i wymiarowania. ZUP LP może zlecić niezależnym akredytowanym laboratoriom lub jednostkom badawczym zbadanie zgodności parametrów dostarczonego wzorca z parametrami określonymi w dokumentacji techniczno technologicznej. Postanowienia § 7 ust. 5 i 6 stosuje się odpowiednio.

* w zakresie części 1: odszyte wzory koszul, poświadczone deklaracją zgodności i badaniami laboratoryjnymi w zakresie koloru, po organoleptycznej akceptacji koloru bieli przez Zamawiającego, zostaną oplombowane i mogą być używane do weryfikacji koloru białego podczas realizacji cyklicznych partii dostaw podczas realizacji umowy.

4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zgłaszania do przekazanego wzoru uwag na piśmie. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia uwag Zamawiającego i przekazania poprawionego wzoru asortymentu w terminie 7 dni roboczych od dnia zgłoszenia uwag (Zamawiający przewiduje jednorazową możliwość poprawy wzoru przez Wykonawcę). Zaakceptowany na piśmie przez Zamawiającego wzór będzie stanowił podstawę do składania zamówień.

5. Wykonawca winien dokonać pierwszej dostawy w terminie do 70 dni od dnia złożenia

zamówienia przez Zamawiającego. W przypadku gdy umowa dotyczy wszystkich bądź kilku części zamówienia, pojęcie „pierwszej dostawy" odnoszone będzie odrębnie do dostaw realizowanych w ramach danej części zamówienia.

6. Wykonanie kolejnych, dostaw następować będzie w terminie:

1) w przypadku asortymentu typowego (nie szytego na miarę) – w terminie do 40 dni od

dnia złożenia zamówienia przez Zamawiającego,

2) w przypadku asortymentu szytego na miarę – w terminie do 60 dni od dnia złożenia

zamówienia przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 7 grudnia 2022 r. zwrócono się do Zamawiającego m.in. z prośbą o wskazanie podmiotów, które poza wykonawcą Zakład Odzieżowy MODAR sp. z o.o. według wiedzy Zamawiającego mogłyby zaoferować dostawę produktu stanowiącą przedmiot zamówienia w zakresie części nr 1 zamówienia.

Pismem z dnia 20 grudnia 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 20 grudnia 2022 r.) Zamawiający wskazał co następuje.

Zakład Usługowo Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi informuje, że komórką odpowiedzialną za opracowanie dokumentacji techniczno-technologicznej oraz za wprowadzanie zmian związanych z dostosowaniem umundurowania do warunków terenowych zgłaszanych przez pracowników PGL LP jest Ośrodek Rozwojowo Wdrożeniowy Lasów Państwowych w Bedoniu. Prace nad dokumentacją techniczno-technologiczną stanowiącą przedmiot postępowania pn. Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP odbywały się w latach 2015 – 2022. Dokumentację techniczno-technologiczną („dtt") stanowiącą opis przedmiotu zamówienia opracowywali etatowi pracownicy ORWLP w Bedoniu w oparciu o swoją wiedzę i doświadczenie. Zamawiający podtrzymał zapis splotu tkaniny zasadniczej koszul na mocy pisma z dnia 18.02.2022 przedstawionego przez ORWLP Bedoń, która była dostępna na moment sporządzania dokumentacji techniczno-technologicznej i pisma z dnia 10.03.2022 r. przedstawionego przez firmę Andropol – Dyrektora Segmentu Tkanin Mundurowych i Specjalistycznych. Ponadto Zamawiający zwrócił się w dniu 05.09.2022 r. drogą emailową do firmy SAPOR TEXTILE Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Rzgowie z prośbą o przekazanie informacji o możliwości produkcji tkaniny o parametrach zgodnych z dtt koszul. W dniu 21.09.2022 wskazana firma przedstawiła informacje handlową dotyczącą dostępności tkaniny bawełnianej o splocie 3/1 Z. Zamawiający w obliczu powtarzanego zarzutu braku dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z zwrócił się ponownie do firmy Andropol o zaktualizowanie informacji dotyczących możliwości pozyskania tkaniny o parametrach zgodnych z zapisami dtt.

Dodatkowo w dniu 14.12.2022, ZUP LP zwrócił się drogą emailową do firmy Textylia PHU w Nadolicach Wielkich o dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z oraz terminu jej wyprodukowania. W załączeniu pisma firmy Andropol z dnia 10.03.2022 r i z dnia 18.10.2022 r, odpowiedź email firmy SAPOR Textile Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 21.09.2022 r. oraz odpowiedź email firmy Textylia PHU w Nadolicach Wielkich z dnia 14.12.2022 r. Według ORWLP Bedoń poprzez zastosowanie splotu 3/1 Z z równoczesnym zastosowaniem składu 100% bawełny chciano uzyskać walor estetyczny zbliżający w odbiorze do wyglądu połysku satyny, co miało się przełożyć na bardziej szlachetny wygląd koszuli, w założeniu użytkowanej w celach reprezentacyjnych – na specjalne okazje. Z kolei firma Andropol wskazuje, cyt. (…) nawet sama zmiana splotu przy tych samych gęstościach i numeracji przędzy powoduje spadek przepuszczalności powietrza (uwaga na komfort użytkowania) oraz może mieć wpływ na układalność (zwykle tkaniny o dłuższych przeplotach mają lepszą układalność – w tym przypadku 3/1 Z). Splot ma też wpływ na parametr siły rozdzierania. Powyższe potwierdza, iż wymóg Zamawiającego w zakresie splotu jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający dołożył wszelkich starań mających na celu wyjaśnienia kwestii spornych, przekazując firmie Polanex odpowiedzi na wszystkie wnoszone przez tę firmę pisma. Należy podkreślić, iż ZUP LP udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania i uwagi Polanex, nie zatajając żadnych posiadanych informacji dotyczących postępowania przetargowego. Prezes Zarządu spółki Polanex uznał je za niesatysfakcjonujące, jednak nie skorzystał z przysługujących mu na gruncie ustawy Prawo Zamówień Publicznych uprawnień oraz nigdy nie wskazał żadnego przepisu ustawy, który zostałby naruszony w postępowaniu przetargowym przez ZUP LP – pomimo wyraźnej prośby Zamawiającego o skonkretyzowanie zarzutów Polanex z uwzględnieniem przepisów ustawy p.z.p. W załączeniu przesyłamy korespondencję prowadzoną z firmą Polanex (pisma firmy Polanex z dnia 16.08.2022, 31.08.2022 oraz 26.09.2022 wraz z odpowiedziami ZUP LP z dnia 07.09.2022 i 04.10.2022).

Zamawiający przekazał kopię korespondencji otrzymanej od podmiotów wymienionych w treści pisma z dnia 20 grudnia 2022 r., w której w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazano co następuje:

□ Pismo Andropol S.A. z dnia 10 marca 2022 r.: Z naszego doświadczenia możemy powiedzieć, że termin dostawy przędz bawełnianych od producentów egipskich lub hinduskich wynosi od 2 do 3 miesięcy. Do tego dochodzi oczywiście czas przerobu. W naszym przypadku 4-5 tygodni. W wypadku zakupu już gotowej przedmiotowej tkaniny z rynku pakistańskiego lub chińskiego terminu oscylują w granicach 5-6 miesięcy.

□ Pismo Andropol S.A. z dnia 18 października 2022 r.: […] orientacyjny termin wykonania przedmiotowej tkaniny wynosiłby około 4,5-5 miesięcy.

□ Pismo Sapor Textile sp. z o.o. sp. k.: termin produkcji dla takiego zamówienia to ok. 4

4,5 miesiąca od akceptacji tkaniny.

□ Pismo Tekstylia Lining Center: Termin realizacji zależny jest od ilości jakie są

przewidywane. Średnio ok. 4 miesiące.

Ponadto Zamawiający przekazał kopię pisma Ośrodka Rozwojowo-Wdrożeniowego Lasów Państwowych w Nowym Bedoniu z dnia 18 lutego 2022 r., w którym wskazano co następuje: w związku z pytaniem przesłanym pismem Zn. spr.: NH.270.1.2022 z 14.02.2022 r., informuję, że na moment sporządzanie dokumentacji techniczno-technologicznych i odszywania pierwowzorów tkanina była dostępna na rynku polskim. Na chwilę obecną nie mamy wiedzy o dostępności tkaniny.

Pismem z dnia 22 marca 2023 r. zwrócono się do Zamawiającego m.in. z prośbą o:

1. wskazanie uzasadnienia dla określenia terminu pierwszej dostawy, o której mowa w §3

ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ na do 70 dni (po zmianie SWZ z dnia 14 marca 2022 r.) oraz terminu dostawy, o którym mowa w §3 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy na do 60 dni – w szczególności w kontekście uzyskanej przez Zamawiającego wiedzy co do terminów realizacji zamówienia przez potencjalnych wykonawców uzyskanych w drodze korespondencji z podmiotami Andropol S.A., Sapor Textile sp. z o.o., Tekstylia PHU sp. j.;

2. wyjaśnienie, czy dla realizacji zamówienia w zakresie części 1 znajduje zastosowanie

termin, o którym mowa w §3 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy (do 40 dni), a jeśli tak – proszę o wyjaśnienie przyczyn określenia terminu w takim wymiarze, w tym wyjaśnienie, z jakich przyczyn Zamawiający nie wziął pod uwagę wniosków wykonawców wyrażonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia co do realizacji wszystkich zamówień z terminem 60-dniowym (pismo „Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ" z dnia 14 marca 2022 r., str. 4, wniosek 5) oraz co do wydłużenia terminu realizacji kolejnych zamówień do 45 dni (pismo „Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ" z dnia 28 września 2022 r., str. 4, wniosek 3).

Pismem z dnia 29 marca 2023 r. (wpływ do Urzędu w dniu 29 marca 2023 r.) Zamawiający wyjaśnił w powyższym zakresie co następuje.

Zgodnie ze zmianą treści SWZ paragraf 3 ust. 5 i 6 projektu umowy otrzymał nowe brzmienie:

5. Wykonawca winien dokonać pierwszej dostawy w terminie do 70 dni od dnia złożenia

zamówienia przez Zamawiającego. W przypadku gdy umowa dotyczy wszystkich bądź kilku części zamówienia, pojęcie „pierwszej dostawy" odnoszone będzie odrębnie do dostaw realizowanych w ramach danej części zamówienia.

6. Wykonanie kolejnych, dostaw następować będzie w terminie:

1) w przypadku asortymentu typowego (nie szytego na miarę) – w terminie do 40 dni od

dnia złożenia zamówienia przez Zamawiającego,

2) w przypadku asortymentu szytego na miarę – w terminie do 60 dni od dnia złożenia

zamówienia przez Zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na zapisy paragrafu 1 ust. 5 oraz paragrafu 2 ust. 3 i 5 projektu umowy, które brzmią:

Paragraf 1

5. Zamawiający może zlecić w trakcie realizacji Umowy zakres dostaw inny niż wskazany w Załączniku nr 2 do Umowy, jednak nie mniejszy niż: część 1, 2, 3, 4, 11 i 12 – 40 %*, część 6, 9 – 35 %*, część 5, 7, 8, 10 – 30 %* i nie większy niż 130% Wartości Przedmiotu Umowy, określonej zgodnie z § 8 ust 1.

Paragraf 2

3. Zamawiający będzie składał odrębne Zamówienia na dostawę asortymentu typowego i na dostawę asortymentu szytego na miarę (dotyczy części 1,2,3,4,6)*, przy czym asortyment szyty na miarę stanowić będzie nie więcej niż 10% - część 1, 2 i 3*, 2% - część 4 i 0,5% część 6* asortymentu będącego przedmiotem umowy.

5. Zamawiający dołoży starań, aby wartość jednej dostawy nie przekroczyła 15 % wartości przedmiotu umowy określonej zgodnie z § 8 ust. 1, z wyłączeniem jednak pierwszej dostawy, której wartość wyniesie do 30% wartości przedmiotu umowy, określonej zgodnie z § 8 ust. 1.

Projekt umowy w zakresie paragrafu 3 ust. 5 i 6 jest jednakowy dla wszystkich części zamówienia. W związku z tym zapisy odnośnie terminów realizacji poszczególnych zamówień są jednakowe dla każdej części zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 14.03.2022 dokonał zmiany w § 3 ust. 5 i 6 projektu umowy w zakresie terminu pierwszej dostawy do 70 dni od dnia złożenia zamówienia (pierwotnie przed zmianą 60 dni) oraz w zakresie terminu dostawy kolejnych zamówień na 40 dni od dnia złożenia zamówienia (pierwotnie przed zmianą 30 dni). Zamawiający dokonał analizy terminów wskazanych początkowo w SWZ czy są realne i częściowo uznał wnioski Wykonawców za zasadne dokonując odpowiedniej zmiany. Wnioski Wykonawców Hako oraz Sirkoy dotyczyły zmiany terminu wykonania pierwszej i kolejnej dostawy, a podyktowane były sytuacją epidemiologiczną oraz brakiem określenia minimalnej ilości zakresu zamówienia, a nie brakiem dostępności tkaniny na rynku. Jednocześnie Zamawiający w paragrafie 13 ust. 1 pkt 9 lit. c) przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia skutków COVID-19. Terminy pierwotne, jak i terminy zmienione nie były przedmiotem odwołania ze strony żadnego z Wykonawców. Biorąc pod uwagę zapisy umowy Wykonawca w momencie składania oferty musiał się liczyć z faktem, iż po zawarciu

umowy, zgodnie z § 3 ust. 3 projektu umowy będzie zobowiązany dostarczyć w ciągu 30 dni Zamawiającemu odszyty/gotowy wzór asortymentu – w tym przypadku koszuli damskiej w kolorze białym z długim rękawem oraz koszuli męskiej w kolorze białym z długim rękawem wraz ze wszystkimi surowcami i produktami. Z uwagi na powyższe Wykonawca był zobowiązany do zabezpieczenia odpowiedniej ilości materiału niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia. Działania związane z pozyskaniem materiału mogły zostać podjęte przez Wykonawców od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty (a może już nawet od otwarcia ofert, po dokonaniu analizy przez Wykonawcę realności uzyskania zamówienia) do momentu realizacji pierwszego i kolejnego zamówienia. Akceptacja wzoru przez Zamawiającego (tj. zgodności wyrobu z dokumentacją techniczno-technologiczną pod względem konstrukcji wyrobu, jakości konfekcjonowania i wymiarowania oraz weryfikacja deklaracji zgodności wykonanego wzoru z wykonanymi badaniami laboratoryjnymi) stanowi podstawę do składania zamówień, przy czym w sytuacji zgłoszonych zastrzeżeń Wykonawca ma szansę przekazania poprawionego wzoru asortymentu w ciągu 7 dni roboczych od dnia zgłoszenia uwag. Jednocześnie Zamawiający nie określił czasu w jakim dokona odbioru gotowego odszytego wzoru, co wpływa na korzyść Wykonawców powodując wydłużenie terminu w zakresie pozyskiwania materiału do produkcji odzieży. Biorąc powyższe pod uwagę Wykonawca uzyskuje dodatkowy czas na pozyskanie materiału niezbędnego do realizacji pierwszej dostawy od momentu wyboru jego oferty (uwzględniając czas od wyboru do zawarcia umowy, czas odszycia wzoru +30 dni, oceny przez Zamawiającego wzoru w zakresie zgodności z dtt, poprawy wzoru +7 dni) do momentu realizacji zamówienia +70 dni. Wskazane podmioty Andropol S.A., Sapor Textile sp. z o.o., Tekstylia PHU sp.j.; szacują termin produkcji zamówienia na około 4-4,5-5 miesięcy (120-135-150 dni). Należy tutaj podkreślić fakt, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji dostępności tkaniny u wszystkich potencjalnych dostawców tkanin na terenie kraju i poza nim. Zapytanie o dostępność tkaniny zostało skierowane losowo do wskazanych dostawców. Wykonawca może zaopatrywać się w materiał u wielu różnych dostawców, a dostawy materiału mogą być realizowane sukcesywnie w miarę potrzeb oraz zaawansowania realizacji zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, iż podmioty które wnioskowały o zmianę terminu poszczególnych zamówień złożyły oferty w niniejszym postępowaniu, co można uznać, że terminy określone przez Zamawiającego były realne. W postepowaniu wpłynęło 8 ofert na różne części z tymi samymi terminami realizacji poszczególnych zamówień. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że zapisy umowy nie odstraszyły wykonawców od złożenia oferty i została zachowana konkurencja w tym zakresie. Zamawiający w formularzu ofertowym (stanowiącym załącznik nr 2 do umowy) określił zakres całości zamówienia przy założeniu 24 miesięcznego okresu obowiązywania umowy i maksymalnej ilości 10 dostaw. W przypadku koszul przy założeniu 100% realizacji umowy ilość koszul przewidziana do odszycia wynosi 19.000 sztuk przy czym w § 2 ust. 5

Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku pierwszej dostawy jej wartość stanowić będzie do 30% wartości przedmiotu zamówienia (może być mniej niż 30%) – czyli maksymalnie 5.700 sztuk, które Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć w terminie do 70 dni od dnia złożenia zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że zamówienia wcale nie muszą być składane w dniu następnym po akceptacji gotowego/odszytego wzoru, co również wydłuża proces przygotowania i realizacji zamówienia (zarówno pierwszego jak i kolejnego). Wykonawca w związku z tym, że ma zagwarantowany 40% zakres realizacji dostaw, również może uszyć koszule na zapas, tak aby dochować terminu kolejnego zamówienia. 70 dniowy termin realizacji = 10 tygodni sugeruje, że przy założeniu 5 dniowego tygodnia pracy wykwalifikowanej szwaczki, która dziennie jest w stanie uszyć około 20 koszul (8h), daje gwarancję Wykonawcy uszycia 1000 koszul przez 10 tygodni. Powyższe jednoznacznie wskazuje na to, że daje Wykonawcy możliwość zrealizowania pierwszego

zamówienie poprzez skierowanie do jego realizacji 6 wykwalifikowanych szwaczek. W ocenie Zamawiającego oraz realiów rynkowych uszycie 5.700 sztuk koszul nie stanowi żadnego wyzwania dla profesjonalnego wykonawcy. Na przykład wykonawca Polanex zatrudnia 150 wykwalifikowanych pracowników, a rocznie produkuje 600.000 koszul, co nie stanowi pełnego wolumenu produkcyjnego Wykonawcy (źródło strona internetowa firmy Polanex). Zamawiający podtrzymał zapis § 3 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy w zakresie 60 dniowego terminu realizacji zamówień asortymentu szytego na miarę. Decyzję Zamawiający motywuje własnym doświadczeniem wynikającym z realizacji zamówień sortów mundurowych – jak np. mundurów terenowych – 60 dni, elementów munduru wyjściowego czyli reprezentacyjnego (marynarki, spodni, spódnicy, kurtki, płaszcza) – 50 dni; koszul do munduru codziennego – 60 dni. Taki zakres czasowy związany jest z koniecznością zdjęcia właściwej miary, przygotowaniem indywidualnych szablonów i ustawieniem ciągu technologicznego pod realizację niestandardowego zamówienia. Zakres szycia miarowego w zakresie części 1 zamówienia wynosi maksymalnie 10% asortymentu. Zamawiający informuje, iż zapis realizacji kolejnych dostaw do 40 dni dotyczy asortymentu typowego, co nie wiąże się z „indywidualnym podejściem" do niestandardowego zamówienia. Zespół wykwalifikowanych szwaczek jest już wszyty w dany asortyment, co wpływa na szybkość i łatwość w szyciu danego asortymentu. Ponadto należy zaznaczyć, że kolejne dostawy asortymentu (np. w części 1 – koszul) stanowią uzupełnianie stanów magazynowych asortymentu rotującego (czyli tzw. standardowego). Określone terminy realizacji pierwszego i kolejnych zamówień podyktowane są obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, który w związku z prowadzona działalnością do jakiej został powołany chce jak najszybciej posiadać w sprzedaży wymagany asortyment i zaopatrywać jednostki PGL LP. Zgodnie ze Statusem Zakładu Usługowo Produkcyjnego Lasów Państwowych, Zakład został powołany jako Jednostka wyspecjalizowana w zaspokajaniu potrzeb zakupowych, dostawczych oraz usługowych dla Jednostek Lasów Państwowych. To

na Zamawiającym spoczywa obowiązek podczas pierwszej dostawy do zapewnienia kompletnego asortymentu pod względem ilościowo-rozmiarowym. Działania Zamawiającego są ukierunkowane na zapewnienie płynności i stabilności Zakładu, a wszelkie decyzje podejmowane przez Zakład powinny zapewniać realizacje powyższych celów. Zamawiający w związku z powyższym powziął decyzję o wydłużeniu czasu realizacji pierwszego zamówienia (dostawy) w stosunku do kolejnych dostaw. Termin 40 dniowy dotyczy kolejnych dostaw, które nie mogą być większe niż 15% wartości przedmiotu umowy (może być mniejszy zakres) i jest proporcjonalny do terminu pierwszej dostawy skoro na 30% jest 70 dni, to na 15% przypada więcej niż połowa tego terminu.

Pismem z dnia 28 czerwca 2023 r. zwrócono się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia zwracał się do podmiotów mogących potencjalnie złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu z pytaniem o dostępność materiału spełniającego wymogi określone dla „koszuli damskiej z długim rękawem w kolorze białym" oraz dla „koszuli męskiej z długim rękawem w kolorze białym" zawarte w „dokumentacji techniczno-technologicznej" (DTT) (załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia), a jeśli tak – uprzejmie proszę o wskazanie nazw tych podmiotów oraz przekazanie kopii korespondencji z tymi podmiotami w powyższym zakresie.

Pismem z dnia 4 lipca 2023 r. (wpływ do Urzędu w dniu 4 lipca 2023 r.) Zamawiający wskazał co następuje.

Zakład Usługowo Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi w związku z prowadzoną kontrolą doraźną względem postępowania o udzielenie zamówienia pn.: Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP (w zakresie części 1), oraz w nawiązaniu do pisma Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych UZP z dnia 28.06.2023 r. informuje, że przed wszczęciem postępowania Zamawiający nie zwracał się z pytaniem o dostępność materiału spełniającego wymogi określone w dokumentacji techniczno-technologicznej koszuli białej z długim rękawem. Weryfikacji dostępności tkaniny u potencjalnych dostawców Zamawiający dokonał na etapie prowadzonego postępowania. W dniu 18.02.2022 r. Zamawiający otrzymał pisemną informację z ORWLP Bedoń, że na moment sporządzania dokumentacji techniczno-technologicznej i odszywania pierwowzorów tkanina była dostępna (załącznik nr 1). Zamawiający na etapie prowadzonego postępowania kilkukrotnie zwrócił się do producentów tkanin z pytaniem o dostępność tkanin. W dniu 07.03.2022 r. Zamawiający skierował pismo do firmy Andropol z prośbą o pomoc w zweryfikowaniu dostępności tkaniny w części 1 postępowania (załącznik nr 2). Ponadto Zamawiający zwrócił się w dniu 05.09.2022 r. drogą emailową do firmy SAPOR TEXTILE Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Rzgowie z prośbą o przekazanie informacji o możliwości produkcji tkaniny o parametrach zgodnych z dtt koszul. W dniu 21.09.2022 wskazana firma przedstawiła

informacje handlową dotyczącą dostępności tkaniny bawełnianej o splocie 3/1 Z (załącznik nr 3). Zamawiający w obliczu powtarzanego zarzutu braku dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z zwrócił się ponownie do firmy Andropol o zaktualizowanie informacji dotyczących możliwości pozyskania tkaniny o parametrach zgodnych z zapisami dtt. Dodatkowo w dniu 14.12.2022, ZUP LP zwrócił się drogą emailową do firmy Textylia PHU w Nadolicach Wielkich o dostępność tkaniny o splocie 3/1 Z oraz terminu jej wyprodukowania. W załączeniu pisma firmy Andropol z dnia 10.03.2022 r. (załącznik nr 4) i z dnia 18.10.2022 r. (załącznik nr 5), odpowiedź email firmy SAPOR Textile Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 21.09.2022 r. (załącznik nr 3) oraz odpowiedź email firmy Textylia PHU w Nadolicach Wielkich z dnia 14.12.2022 r. (załącznik nr 6). Zamawiający w zaistniałym stanie faktycznym jest w trakcie weryfikacji dostępności tkaniny również na rynku zagranicznym.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zważył, co następuje.

Stosownie do treści art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

[…]

3) proporcjonalny.

Zgodnie z treścią 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.

Analiza stanu faktycznego sprawy daje podstawy do uznania, iż określony przez Zamawiającego w treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 1 zamówienia wymóg dotyczący splotu tkaniny oznaczony jako „splot skośny 3/1 Z" w kontekście terminu realizacji zamówienia określonego w dokumentach zamówienia mógł utrudniać konkurencję poprzez doprowadzenie do wyeliminowania niektórych wykonawców.

Należy podkreślić, iż jak wynika to z treści wzoru umowy stanowiącego element SWZ, jak również wyjaśnień Zamawiającego przekazanych w toku kontroli, wykonawca w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy zobowiązany jest do przekazania, do akceptacji Zamawiającego, odszytego/gotowego wzoru asortymentu zgodnego z dokumentacją techniczno-technologiczną wraz z próbkami surowców i materiałów zgodnych z dokumentacją

techniczno-technologiczną (§3 ust. 3 wzoru umowy). Oznacza to, iż już na tym etapie wykonawca, z którym zawarto by umowę w sprawie zamówienia musiałby dysponować tkaniną spełniającą wszystkie wymogi określone w treści opisu przedmiotu zamówienia celem wykonania właściwego wzoru. Jednakże nawet w przypadku przyjęcia, iż faktyczny termin na realizację zamówienia należy obliczać z uwzględnieniem postanowień §3 ust. 4 oraz ust. 5 wzoru umowy, należy zauważyć, iż §3 ust. 4 umowy odnoszący się do kwestii ewentualnego zgłoszenia do przekazanego wzoru uwag na piśmie ma charakter warunkowy, co oznacza, że w ramach umowy możliwa jest sytuacja, w której – w przypadku braku uwag – Zamawiający składa zamówienie tego samego dnia, w którym dokonał akceptacji wzoru asortymentu zgodnie z §3 ust. 3 umowy, co stanowi początek biegu 70-dniowego terminu na dokonanie pierwszej dostawy, o którym mowa §3 ust. 5 umowy. Oznacza to tym samym, iż w świetle postanowień umowy, wykonawca może być zobligowany do wykonania zamówienia przynajmniej w części w terminie 100 dni od dnia podpisania umowy, co wiąże się z koniecznością dysponowania znaczną ilością tkaniny spełniającej wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia.

W tym względzie zauważyć należy, iż część potencjalnych wykonawców, do których zwracał się Zamawiający celem ustalenia dostępności tkaniny na rynku, jak wynika to z treści i załączników do pisma Zamawiającego do Urzędu z dnia 20 grudnia 2022 r., tj. Sapor Textile oraz Tekstylia Lining Centre wskazywała, iż potrzebowałaby ok. 4-4,5 miesięcy na realizację przedmiotowego zamówienia. W odniesieniu do informacji przekazanych Zamawiającemu przez Andropol S.A. uznać należy, iż jakkolwiek w pierwszym piśmie z dnia 10 marca 2022 r. podmiot ten wskazał na termin wynoszący od 2 do 3 miesięcy z uwzględnieniem czasu przerobu stanowiącego 4-5 tygodni, o tyle w kontekście późniejszej informacji z dnia 18 października 2022 r., stwierdzić należy, że zweryfikował on pierwotne twierdzenia, wskazując na okres 4,5-5 miesięcy. Założenie o konieczności zachowania takiego terminu przyjął również sam Zamawiający w treści pisma do Urzędu z dnia 29 marca 2023 r. (str. 3). W szczególności wobec nieprzeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wstępnych konsultacji rynkowych w reżimie art. 84 ustawy Pzp, co wynika z pisma Zamawiającego do Urzędu z dnia 4 lipca 2023 r., należy uznać, iż brak jest źródeł, które potwierdzałyby przyjęte przez Zamawiającego założenie o proporcjonalności terminu wykonania zamówienia określonego w dokumentach zamówienia. Zaznaczyć należy, iż nie można przyznać przymiotu wiarygodności informacji pozyskanej przez Zamawiającego z Ośrodka Rozwojowo-Wdrożeniowego Lasów Państwowych w Nowym Bedoniu z dnia 18 lutego 2022 r. z uwagi na fakt, iż nie zawiera ona szczegółowego opisu jakie czynności mające na celu weryfikację warunków rynkowych w zakresie dostępności tkaniny podjął ten podmiot, w szczególności – ile i jakie podmioty miały posiadać na stanie przedmiotową tkaninę. Podkreślić należy, iż żaden z potencjalnych

wykonawców, do których zwracał się Zamawiający, nie potwierdził dysponowania tkaniną na swoim składzie magazynowym. Jednocześnie zaznaczenia wymaga, iż żaden z ww. potencjalnych wykonawców, do których zwracał się Zamawiający, nie zdecydował się złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia w części nr 1.

Jednocześnie należy wykluczyć możliwość uwzględnienia zasadności argumentów Zamawiającego przedstawionych w piśmie do Urzędu z dnia 29 marca 2023 r. wskazujących na możliwość podjęcia przez wykonawcę działań związanych z pozyskaniem materiału od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty albo nawet od momentu otwarcia ofert, co w opinii Zamawiającego miałoby w praktyce umożliwić wykonawcom wydłużenie okresu niezbędnego na pozyskanie materiału i realizację zamówienia. Należy podkreślić, iż stosownie do treści art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się (z wyjątkiem sytuacji jego unieważnienia) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przesądza o wyborze wykonawcy w sposób niepoddający się zmianie w drodze czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przeciwieństwie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która może zostać przez zamawiającego unieważniona w związku z zajściem określonych zdarzeń prawnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym samym uznać należy, iż w okresie pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty (czy też otwarciem ofert) a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca, którego oferta została wybrana, nie posiada gwarancji udzielenia mu danego zamówienia, a w konsekwencji za niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należałoby uznać takie postanowienia umowy (analogicznie – wzoru umowy), których proporcjonalność w kontekście warunków danego zamówienia zamawiający uzależnia od przyjęcia przez wykonawców założenia o uzyskaniu danego zamówienia jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analogicznie, wobec warunkowego charakteru postanowienia §3 ust. 4 wzoru umowy, jak również wobec niedookreślenia

przez Zamawiającego czasu, w jakim dokona odbioru gotowego odszytego wzoru, nie sposób uznać, iż racjonalnie działający wykonawca może przyjąć założenie o faktycznym wydłużeniu terminu realizacji zamówienia w sytuacji, gdy ziszczenie się warunku czy zajście określonego zdarzenia zależy od decyzji Zamawiającego. Przyjąć należy, iż wykonawca określający możliwość zrealizowania zamówienia w terminie, założy konieczność jego wykonania w najkrótszym możliwym okresie wynikającym z postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, aby ograniczyć ryzyko narażenia się na zapłatę kar umownych.

Ponadto nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie do Urzędu z dnia 29 marca 2023 r., z której wynika, iż Zamawiający nie dokonał weryfikacji dostępności tkaniny u wszystkich potencjalnych dostawców tkanin na terenie kraju i poza nim.

Zapytanie o dostępność tkaniny zostało skierowane losowo do wskazanych dostawców, Zamawiający nie może bowiem wywodzić korzystnych dla siebie skutków prawnych z nieweryfikowalnych źródeł. Należy w szczególności zaznaczyć, iż treść art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak również innych postanowień SWZ, w tym dotyczących terminu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wynikających z tych przepisów zasad. Oznacza to także, iż Zamawiający zobligowany jest do zbadania przygotowanych przez siebie postanowień SWZ pod względem zgodności z wynikającymi z danego przepisu zasadami, a w zakresie, w jakim Zamawiający powołuje się na zgodność z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalność zastosowanego wymogu opisu przedmiotu zamówienia w kontekście określonego terminu wykonania zamówienia, ciężar dowodu spoczywa na Zamawiającym, przy czym nie sposób uznać, iż obowiązkowi dowodowemu może zadośćuczynić ogólnikowe twierdzenie o możliwości istnienia nieskonkretyzowanych wykonawców, mogących teoretycznie zrealizować zamówienie w terminie wymaganym przez Zamawiającego, jeśli Zamawiający nie przeprowadził w tym zakresie szerszego rozeznania rynku.

Za bezprzedmiotowe należy uznać także wyjaśnienia Zamawiającego w zakresie, w jakim Zamawiający powołuje się na fakt, iż w postepowaniu wpłynęło 8 ofert na różne części z tymi samymi terminami realizacji poszczególnych zamówień, w sytuacji, jeśli każda z części zamówienia dotyczyła dostawy innego typu produktu, co wyklucza porównywalność terminów wykonania zamówienia przewidzianych dla poszczególnych części. Nie może budzić bowiem wątpliwości fakt, iż w zakresie części nr 1, będącej przedmiotem niniejszej kontroli doraźnej, oferta złożona została tylko przez jednego wykonawcę – Zakład Odzieżowy „MODAR" sp. z o.o., co wynika wprost m.in. z treści protokołu postępowania. Wymaga zauważenia także, że w opisie przedmiotu zamówienia dla produktów w zakresie innych części aniżeli część nr 1, Zamawiający nie przewidział wymogu zastosowania tkaniny posiadającej „splot skośny 3/1 Z". Ponadto zaznaczyć należy, iż przedstawione przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 29 marca 2023 r. wyliczenia odnoszące się do czasu niezbędnego do wyprodukowania koszul stanowiących przedmiot dostawy w zakresie części nr 1 zamówienia pomijają zasadniczą dla sprawy kwestię dostępności na rynku tkaniny posiadającej „splot skośny 3/1 Z" i związaną z tym konieczność oczekiwania przez wykonawców na dostawę towaru od podmiotów zewnętrznych.

Jednocześnie nie może podlegać uwzględnieniu argumentacja Zamawiającego odnosząca się do określenia terminów wykonania pierwszego i kolejnych zamówień w sposób podyktowany obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Należy uznać, co Zamawiający potwierdził w treści wyjaśnień z dnia 29 marca 2023 r. (str. 4), iż zaspokajanie m.in. potrzeb zakupowych jednostek

Lasów Państwowych stanowi obszar ciągłej, statutowej działalności Zamawiającego, brak tym samym podstaw do uznania zamówienia będącego przedmiotem kontroli za zamówienie o charakterze wyjątkowym z perspektywy ogółu działalności Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał przy tym, że zaistniały okoliczności uzasadniające ustanowienie terminu wykonania zamówienia krótszego aniżeli informacje, co do możliwych terminów wykonania zamówienia wskazanych przez potencjalnych wykonawców, które Zamawiający pozyskał w toku prowadzonego postępowania. W kontekście zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp wskazać należy, iż – jak przyjmuje się w orzecznictwie, proporcjonalność odnosi się do określenia przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego przez zamawiającego celu (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 840/22). A contrario za nieproporcjonalne należy uznać wymagania, których postawienie nie jest konieczne dla realizacji celu udzielenia zamówienia. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości, iż celem udzielanego zamówienia było nabycie produktów niezbędnych dla realizacji statutowych zadań Zamawiającego, Zamawiający nie uzasadnił z jakich przyczyn cel udzielenia zamówienia nie mógłby zostać zrealizowany przy zastosowaniu terminów dłuższych, stosownie do informacji pozyskanych od podmiotów działających na danym rynku, w szczególności – jakiego rodzaju szkodę poniósłby z tego tytułu Zamawiający w ramach wykonywanej przez siebie działalności. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 10 marca 2022 r., sygn. XXIII Zs 3/22, co do zasady, każdy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia w nim udziału. Tym niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu – co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Zatem o określeniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy. Uznać należy, iż powyższa teza aplikowalna jest także do innych aniżeli stricte warunki udziału w postępowaniu wymagań stawianych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym do postanowień opisu przedmiotu zamówienia oraz terminu wykonania zamówienia. W tym kontekście argumentacja Zamawiającego (str. 4 pisma z dnia 29 marca 2023 r.) wskazująca, że działania Zamawiającego są ukierunkowane na zapewnienie płynności i stabilności Zakładu, a wszelkie decyzje podejmowane przez Zakład powinny zapewniać realizacje powyższych celów, musi zostać uznana za nadmiernie ogólnikową i niewystarczającą do przyjęcia, iż określenie relatywnie krótkiego terminu

realizacji zamówienia wyłączającego z dostępu do zamówienia pewną grupę wykonawców znajduje uzasadnienie przy uwzględnieniu zasad udzielania zamówienia wynikających z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Podsumowując, powyższe ustalenia dają podstawę do uznania, że określony przez Zamawiającego w treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 1 zamówienia wymóg dotyczący splotu tkaniny oznaczony jako „splot skośny 3/1 Z" w kontekście terminu realizacji zamówienia określonego w dokumentach zamówienia mógł utrudniać uczciwą konkurencję poprzez doprowadzenie do wyeliminowania niektórych wykonawców, jak również nie odpowiadał zasadzie proporcjonalności. Przeprowadzone przez Zamawiającego czynności w zakresie rozeznania rynku, jakkolwiek już w toku prowadzonego postępowania, pozwalają na uznanie, że na rynku istnieją liczni wykonawcy mogący co do zasady wykonać przedmiot zamówienia w zakresie części nr 1, jednakże nie w terminie wykonania zamówienia sprecyzowanym w SWZ.

Reasumując, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a także w sposób proporcjonalny, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jak również – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem postawienie wymogu dotyczącego splotu tkaniny oznaczonego jako „splot skośny 3/1 Z" w kontekście terminu realizacji zamówienia określonego w dokumentach zamówienia mogło skutkować zmniejszeniem liczby ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w dniu 20 września 2023 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, wskazując:

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia ąrt. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu dostępności tkaniny w kontekście terminu realizacji zamówienia, co zgodnie z wynikiem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych mogło mieć wpływ na ograniczenie konkurencji, co w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik" postępowania.

Wykonawca Polanex Sp. z o.o. w dniu 11.02.2022 r. na etapie prowadzonego postępowania przetargowego zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie sposobu wyboru splotu tkaniny zasadniczej cyt.: Zwracam się z prośbą o wyjaśnienie sposobu wyboru tkaniny zasadniczej koszulowej do postępowania przetargowego NH.270.1.2022 – Dostawa
16

odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP. Tkanina koszulowa, która jest opisana w Dokumentacji Techniczno-Technologicznej – załącznik nr 2 do SWZ, jest całkowicie niedostępna na rynku. Tkanina zasadnicza o splocie 3/1, w opinii czołowych dostawców tkanin jest nieosiągalna. Nasi dostawcy informują nas o posiadaniu tkanin o spocie 2/1 oraz parametrach zbliżonych do wymagań technicznych Państwa tkaniny. Uprzejmie proszę o informację, czy jest możliwa zmiana parametrów tkaniny w w/w przetargu? Wykonawca jednoznacznie stwierdził w zadanym pytaniu, iż. tkanina zasadnicza o splocie 3/1 jest nieosiągalna (Wykonawca nie wnosił żadnych uwag, co do terminu realizacji zamówienia częściowego).

Zamawiający po dokonanej analizie zapytania podtrzymał, zapis SWZ dotyczący splotu tkaniny zasadniczej koszul na mocy pisma z dnia 18.02.2022 przedstawionego przez ORWLP Bedoń, w którym stwierdzono, że tkanina była dostępna na moment sporządzania dokumentacji techniczno-technologicznej i pisma z dnia 10.03.2022 r. przedstawionego przez firmę Andropol – Dyrektora Segmentu Tkanin Mundurowych i Specjalistycznych. Dodatkowo Zamawiający zwrócił się w dniu 05.09.2022 r. drogą emailową do firmy SAPOR TEXTILE Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Rzgowie z prośbą o przekazanie informacji o możliwości produkcji tkaniny o parametrach zgodnych z DTT koszul. W dniu 21.09.2022 wskazana firma przedstawiła informacje handlową dotyczącą dostępności tkaniny bawełnianej o splocie 3/1 Z. Zamawiający w obliczu powtarzanego zarzutu braku dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z zwrócił się ponownie do firmy Andropol o zaktualizowanie informacji z marca 2022 r. dotyczących możliwości pozyskania tkaniny o parametrach zgodnych z zapisami DTT. Dodatkowo w dniu. 14.12.2022, ZUP LP zwrócił się drogą emailową do firmy Textylia PHU w Nadolicach Wielkich o informację dotyczącą dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z oraz terminu jej wyprodukowania. W złożonym wyjaśnieniu z dnia 20.12.2022 r. na pismo Departamentu Kontroli UZP z dnia 07.12.2022 r. Zamawiający załączył pisma firmy Andropol z dnia 10.03.2022 r i z dnia 18.10.2022 r. odpowiedź email firmy SAPOR Textile Sp z o.o. Sp.k. z dnia 21.09.2022 r. oraz odpowiedź email firmy Textylia PHU w Nadolicach Wielkich z dnia 14.12.2022 r.

Z powyższej korespondencji jednoznacznie wynika, że tkanina zasadnicza koszul o splocie 3/1 była dostępna na rynku, dlatego też Zamawiający podtrzymał zapisy SWZ uznając zarzut firmy Polanex Sp. z o.o. w zakresie niedostępności tkaniny na rynku za bezzasadny. Wymagania Zamawiającego w zakresie splotu tkaniny .zasadniczej koszuli (koszula wyjściowa do munduru) były podyktowane uzasadnionymi potrzebami, gdyż tkanina o splocie 2/1 Z różni się zasadniczo od tkaniny o splocie 3/1 Z. W wyjaśnieniu z dnia 21.02.2023 r. Zamawiający podkreślił, że splot 2/1 nie jest równoważny do splotu 3/1. Różnica w splotach przekłada się na parametry jakościowe wyrobu, w związku z powyższym nie można oczekiwać takiego

samego efektu w wyglądzie, dotyku czy wytrzymałości finalnego wyrobu – koszuli. Zastosowanie wskazanego splotu przy zachowaniu składu 100% włókien bawełnianych było podyktowane walorami estetycznymi, miało nadać szlachetny wygląd koszuli i korespondować z mundurem wyjściowym użytkowanym do celów reprezentacyjnych.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy rynku pod kątem dostępności tkaniny o parametrach zgodnych z DTT na potwierdzenie czego dysponuje dowodami w postaci korespondencji emailowej z potencjalnymi dostawcami tkanin (patrz

wyjaśnienia z dnia 20.12.2022 r. oraz załącznik nr 5).

Kontrola wykazała, iż postawienie wymogu dotyczącego splotu tkaniny 3/1 Z w kontekście terminu realizacji zamówienia częściowego mogło mieć wpływ na wynik postępowania i złożenie mniejszej liczby ofert. Jednostka kontrolująca z korespondencji emailowej prowadzonej z potencjalnymi dostawcami tkanin wywodzi, iż termin realizacji zamówienia częściowego (1 dostawy) powinien wynosić, co najmniej 4 - 4,5 miesiąca czyli około 130 dni, a nie jak wskazał Zamawiający 70 dni. Zamawiający zwraca uwagę, iż prowadzona korespondencja emailowa służyła do ustalenia dostępności tkaniny na rynku, a nie ustalenia terminu realizacji zamówienia częściowego (Wykonawca Polanex Sp. z o.o. nie kwestionował terminu realizacji pierwszej dostawy i dostaw kolejnych). Ponadto pytanie skierowane przez Zamawiającego do potencjalnych dostawców w zakresie dostępności tkaniny dotyczyło znacznie większej ilości tkaniny niż ilość, która jest potrzebna do wykonania zamówienia częściowego (4,5 miesiąca odnosi się do całego zakresu zamówienia tj. 19 000 koszul, analogicznie i proporcjonalnie do wykonania max 30% zamówienia czyli dostawy 5 700 koszul potrzeba 1/3 w/w terminu czyli około 40 dni samo pozyskanie tkaniny + 30 dni uszycie= 70 dni). Zamawiający analizował dostępność tkaniny na rynku w kontekście pytania Wykonawcy w odniesieniu do realizacji całego zamówienia, a nie w kontekście terminu dostaw częściowych. Nie można odnosić terminu dostawy tkaniny dla całego zakresu zamówienia do terminu tkaniny niezbędnej do wykonania zamówienia częściowego. Czas na pozyskanie tkaniny niezbędnej do produkcji 19 000 koszul będzie znacznie dłuższy niż czas na pozyskanie tkaniny do produkcji 5 700 koszul. Zamawiający w formularzu ofertowym (stanowiącym załącznik nr 2 do umowy) określił zakres całości zamówienia przy założeniu 24 miesięcznego okresu obowiązywania umowy i maksymalnej ilości 10 dostaw. W przypadku koszul przy założeniu 100% realizacji umowy ilość koszul przewidziana do odszycia wynosi 19.000 sztuk przy czym w §2 ust. 5 Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku pierwszej dostawy jej wartość stanowić będzie do 30% wartości przedmiotu zamówienia (może być mniej niż 30%) – czyli maksymalnie 5.700 sztuk, które Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć w terminie do 70 dni od dnia złożenia zamówienia. Z powyższego wynika, że terminy wskazane przez dostawców tkaniny w korespondencji emailowej nie mogą być utożsamiane z terminem

pierwszej dostawy. W załączeniu Zamawiający na potwierdzenie powyższego, jako dowody przedstawia korespondencję emailową z dnia 18.09.2023 r. z firmą TEXTYLIA, firmą MODUS SA oraz z firmą Tamartex Sp. z o.o. oraz z dnia 19.09.2023 r. z firmą TALAN, z których jednoznacznie wynika, że termin pierwszej dostawy tkaniny zgodnej z SWZ w ilości wystarczającej na wyprodukowanie koszul w ramach pierwszego zamówienia (przy założeniu, że zostanie ono złożone na maksymalną, dopuszczalną umową ilość koszul) wynosi nie więcej niż 30 dni.

Ponadto zwracamy uwagę, iż Zamawiający pismem z dnia 14.03.2022 dokonał zmiany w §3 ust. 5 i 6 projektu umowy w zakresie terminu pierwszej dostawy do 70 dni od dnia złożenia zamówienia (pierwotnie przed zmianą 60 dni) oraz w zakresie terminu dostawy kolejnych zamówień na 40 dni od dnia złożenia zamówienia (pierwotnie przed zmianą 30 dni). Zamawiający dokonał analizy terminów wskazanych początkowo w SWZ czy są realne i częściowo uznał wnioski Wykonawców za zasadne dokonując odpowiedniej zmiany. Wnioski Wykonawców Hako oraz Sirkoy dotyczyły zmiany terminu wykonania pierwszej i kolejnej dostawy, a podyktowane były sytuacją epidemiologiczną oraz brakiem określenia minimalnej ilości zakresu zamówienia, a nie brakiem dostępności tkaniny na rynku (a przede wszystkim zapytanie nie dotyczyło części 1 postępowania NH.270.1.2022). Jednocześnie Zamawiający w paragrafie 13 ust. 1 pkt 9 lit. c) przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia skutków COVID-1. Terminy pierwotne, jak i terminy zmienione nie były przedmiotem odwołania ze strony żadnego z Wykonawców.

Na mocy paragrafu 2 ust. 1 Zarządzenia nr 9 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 25.01.2022 r zatwierdzona dokumentacja techniczno-technologiczna wybranych elementów munduru leśnika (w tym koszul stanowiących część 1 postępowania NH.270.1.2022) była podstawą do ogłoszenia przez wskazany Zakład (Zamawiającego) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w/w asortymentu. Z kolei jednostki organizacyjne Lasów Państwowych będą mogły nabywać elementy umundurowania i oznaki do munduru leśnika od zakładu wskazanego w ust. 1 lub od innych podmiotów uczestniczących w systemie dystrybucji. Zamawiający jest włączony w struktury Lasów Państwowych – który stanowi majątek Skarbu Państwa, przy czym utrzymuje się tylko i wyłączenie w oparciu o wypracowany samodzielnie zysk. Biorąc pod uwagę powyższe oraz Statut Zakładu Usługowo Produkcyjnego Lasów Państwowych – jako jednostki wyspecjalizowanej w zaspokajaniu potrzeb (zakupowych, dostawczych oraz usługowych) dla jednostek LP, jednostek administracji państwowej i prywatnych podmiotów, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia kompleksowej oferty. Określone terminy realizacji pierwszego i kolejnych zamówień podyktowane są obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, który w związku z prowadzoną działalnością do jakiej został powołany chce

jak najszybciej posiadać w sprzedaży wymagany asortyment i zaopatrywać jednostki PGL LP i inne. Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia kompletnego asortymentu pod względem ilościowo-rozmiarowym (już przy pierwszej dostawie). Działania Zamawiającego są ukierunkowane na zapewnienie płynności i stabilności finansowej Zakładu, a wszelkie działania podejmowane przez Zakład powinny zapewniać realizacje powyższych celów. Zamawiający w związku z powyższym powziął decyzję o wydłużeniu czasu realizacji pierwszego zamówienia (dostawy) w stosunku do kolejnych dostaw. Termin 40 dniowy dotyczy kolejnych dostaw, które nie mogą być większe niż 15% wartości przedmiotu umowy (może być mniejszy zakres) i jest proporcjonalny do terminu pierwszej dostawy skoro na 30% jest 70 dni, to na 15% przypada więcej niż połowa tego terminu. Wydłużenie terminu realizacji o więcej niż 70 dni naraziłoby Zakład na straty finansowe spowodowane utratą klientów (rozumianych jako: pracowników jednostek LP oraz innych podmiotów, w tym jednostek gospodarczych administracji państwowej), a co za tym idzie brakiem możliwości zarobku. Ze względu na to, że Zakład jest włączony w struktury Lasów Państwowych takie działania ewidentnie prowadzą do narażenia majątku Skarbu Państwa na straty. Brak możliwości zaspokojenia potrzeb klienta podważa zaufanie do Zakładu Usługowo Produkcyjnego. Klient jest niezadowolony, traci zaufanie do zakładu, nie chce czekać i nie akceptuje długiego okresu realizacji własnego zamówienia. Zamawiający przestaje być poważnym partnerem w dalszej, współpracy i traci klienta na rzecz konkurencyjnych firm zajmujących się sprzedażą asortymentu mundurowego. Mając powyższe na uwadze,

Zamawiający w celu zaspokojenie własnych uzasadnionych potrzeb nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zmiana parametrów technicznych tkaniny zasadniczej koszul ze splotu 3/1 Z na splot 2/1 Z oraz wydłużenie terminu realizacji zamówienia częściowego ponad 70 dni nie leżała w interesie Zamawiającego. W efekcie mogłoby to doprowadzić do otrzymania przez Zamawiającego produktu niezgodnego z oczekiwaniami pracowników PGL LP, co do jakości koszuli, a także wyrobu niezgodnego z zarządzeniami Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych.

Zgodnie z wyrokami KIO: „Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu, nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji (zob. KIO/UZP 204/08).”

„Nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji takie opisanie: przedmiotu zamówienia, które eliminuje możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych, potencjalnych oferentów, jeżeli będzie to uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą zatem usprawiedliwiać ograniczenie

kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu (zob. KIO 2184/13)”.

„Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb Zamawiającego, bowiem Zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez Zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji. Tym bardziej nie można utożsamiać z takim naruszeniem sytuacji, w której wykonawca jest w stanie dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami Zamawiającego, ale zaoferowanie innych produktów pozwoliłoby na złożenie korzystniejszej (np. bardziej konkurencyjnej cenowo) oferty (zob. KIO 350/21)”.

„W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić (zob. KIO 704/23)”.

„Zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Nie narusza przepisów p.z.p. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby (zob. KIO 3536/22)”.

„Zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez Zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący dane urządzenia miał możliwość złożenia oferty. Każde z wymagań

zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania (zob. KIO 534/22)”.

Reasumując w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, jak również – naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.177.2022.JB.

Prezes UZP podnosił w pierwszej kolejności, iż nie znajduje uzasadnienia przyjęte przez Zamawiającego założenie o możliwości pozyskania tkaniny niezbędnej do wykonania pierwszej dostawy w terminie 40 dni (str. 3 zastrzeżeń od wyniku kontroli). Należy zauważyć, iż w toku kontroli Zamawiający przekazał treść korespondencji prowadzonej z potencjalnymi wykonawcami (str. 5 Informacji o wyniku kontroli) celem potwierdzenia argumentacji Zamawiającego dotyczącej m.in. proporcjonalności przewidzianego terminu pierwszej dostawy. Treść przedmiotowych dokumentów nie daje jednakże podstawy do wywiedzenia wniosku o możliwości pozyskania tkaniny w ciągu 40 dni. Specyfika procesu importu tkanin z zagranicy pozwala przyjąć, że zasadniczą część okresu niezbędnego na pozyskanie tkaniny od podmiotu zagranicznego obejmuje czas transportu, niezależnie od woluminu dostaw. Tym samym nie sposób zgodzić się z przyjętą przez Zamawiającego metodą proporcjonalnego dzielenia czasu niezbędnego na realizację części

zamówienia w stosunku do wielkości danej partii towaru także w odniesieniu do okresu niezbędnego na sprowadzenie tkaniny. Zauważyć należy, iż w przekazanym przez Zamawiającego w toku kontroli piśmie podmiotu Andropol S.A. z dnia 18 października 2022 r. wskazano, że około 3 miesięcy to czas oczekiwania na przędzę, około 3-4 tygodnie proces tkania, 2-3 tygodnie proces wykończenia. Nie budzi zatem wątpliwości, iż import niezbędnych produktów z zagranicy stanowi najdłuższy element procesu realizacji zamówienia, posiadając największy wpływ na ocenę możliwości potencjalnego wykonawcy do realizacji zamówienia w terminie określonym warunkami zamówienia. Nie sposób uznać tym samym, iż Zamawiający wykazał realność i proporcjonalność zastosowanego terminu realizacji pierwszej dostawy w kontekście informacji weryfikowanych w toku kontroli. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, co zaznaczono już w Informacji

o wyniku kontroli (str. 11), iż z uwagi na przewidzenie przez Zamawiającego w treści §3 ust. 3 wzoru umowy obowiązku przekazania przez wykonawcę w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy odszytego/gotowego wzoru asortymentu zgodnego z dokumentacją techniczno-technologiczną wraz z próbkami surowców i materiałów zgodnych z dokumentacją techniczno-technologiczną, wykonawca musiałby realnie dysponować tkaniną o „splocie skośnym 3/1 Z" w ciągu ok. miesiąca od dnia zawarcia umowy, co biorąc pod uwagę terminy dostaw produktów z zagranicy, może skutkować nieuzasadnionym uprzywilejowaniem wykonawców dysponujących tkaniną o wskazanym splocie na własnym stanie magazynowym w momencie składania oferty.

W odniesieniu do argumentu Zamawiającego wskazującego na kwestię, iż Zamawiający poprzez prowadzoną z potencjalnymi wykonawcami korespondencję zmierzał do ustalenia dostępności tkaniny na rynku a nie ustalenia terminu realizacji zamówienia częściowego należy podkreślić, iż pismem z dnia 22 marca 2023 r. Kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie uzasadnienia dla określenia terminu pierwszej dostawy, o której mowa w §3 ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ na do 70 dni (po zmianie SWZ z dnia 14 marca 2022 r.) oraz terminu dostawy, o którym mowa w §3 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy na do 60 dni – w szczególności w kontekście uzyskanej przez Zamawiającego wiedzy co do terminów realizacji zamówienia przez potencjalnych wykonawców uzyskanych w drodze korespondencji z podmiotami Andropol S.A., Sapor Textile sp. z o.o., Tekstylia PHU sp. j. Zamawiający w odpowiedzi, pismem z dnia 29 marca 2023 r. powoływał się na informacje przekazane przez te podmioty. Jednocześnie w toku kontroli Zamawiający nie wskazał na informacje pochodzące od innych podmiotów, które uwiarygadniałyby tezę Zamawiającego o zgodności przyjętego terminu realizacji zamówienia określonego w §3 ust. 5 wzoru umowy z zasadami przygotowania i prowadzenia postępowania wynikającymi z ustawy Pzp. W tym względzie należy przywołać wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 15 lipca 2022 r. (sygn. KIO/KD 21/22) twierdzenie, iż tylko bowiem wprost wyartykułowane podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które zamieści Zamawiający w dokumentacji prowadzonego postępowania, są przedmiotem oceny czy to organów kontrolujących, czy też Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaznaczyć należy także, iż Zamawiający w przedmiotowym piśmie z dnia 29 marca 2023 r., wskazał, że zapytanie o dostępność tkaniny zostało skierowane losowo do wskazanych dostawców. W tym względzie niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający pomimo braku wskazań wynikających z analizy rynku, w sytuacji, gdy informacje pozyskane z wycinka tegoż rynku zakreślonego przez samego Zamawiającego nie potwierdzały jednoznacznie możności wykonania pierwszej dostawy w terminie przewidywanym przez Zamawiającego, pomimo to zdecydował się na ustalenie terminu wykonania pierwszej dostawy na 70 dni od dnia akceptacji

wzoru asortymentu, co daje podstawę do uznania, iż termin ten został ustalony arbitralnie, bez rzetelnej analizy danego rynku. Należy podkreślić, iż w zakresie, w jakim Zamawiający powołuje się w toku kontroli na określoną informację celem uzasadnienia dokonanej przez siebie czynności w ramach przygotowania lub prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu co do wykazania, iż informacja ta rzeczywiście potwierdza przyjęte przez Zamawiającego założenie, a w konsekwencji – prawidłowość dokonanej czynności. W ocenie Kontrolującego, z informacji zawartych w korespondencji pochodzącej od podmiotów Andropol S.A., Sapor Textile sp. z o.o. sp. k.:, Tekstylia Lining Center, przekazanej przez Zamawiającego w toku kontroli, wywieść można wyłącznie tezę o niemożności realizacji zamówienia w zakresie i terminie wynikającym z §3 ust. 5 wzoru umowy przez te podmioty. Na marginesie wskazać należy, co zaznaczono już w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 12), że żaden z potencjalnych wykonawców, do których zwracał się Zamawiający, nie potwierdził jednoznacznie dysponowania tkaniną na swoim składzie magazynowym.

W kontekście oceny postanowień SWZ z perspektywy zgodności z treścią art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp pojęcie „dostępności tkaniny na rynku" nie może być rozumiane wyłącznie jako techniczna możliwość pozyskania tkaniny w nieokreślonym terminie, ale możliwość jej pozyskania w czasie pozwalającym na realizację zamówienia zgodnie z terminem wykonania zamówienia określonym w SWZ, który to fakt nie daje się uzasadnić na podstawie wyjaśnień oraz dokumentacji zamówienia przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli.

Odnosząc się do załączonej do zastrzeżeń od wyniku kontroli korespondencji z podmiotami Tekstylia Linings Center, Tamartex sp. z o.o. i Modus S.A. z dnia 18 września 2023 r., oraz z podmiotem TALAN z dnia 19 września 2023 r. należy podkreślić, iż przekazane w treści ww. pism informacje nie mogą mieć znaczenia dla sprawy stanowiącej przedmiot kontroli z uwagi na znaczny upływ czasu pomiędzy dniem upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia poddanym kontroli doraźnej (tj. 28 października 2022 r.) a dniem pozyskania ww. informacji (ok. 11 miesięcy), wobec czego nie sposób uznać, iż odzwierciedlają one sytuację rynkową na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem kontroli.

W odniesieniu do kwestii wpływu faktu przedłużenia terminu wykonania zamówienia w zakresie pierwszej dostawy na potencjalne straty finansowe po stronie Zamawiającego oraz uznanie przez Zamawiającego, iż nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej

branży należy podkreślić, iż analiza stanu faktycznego sprawy daje podstawy do uznania, że termin wykonania pierwszej dostawy został przez Zamawiającego ustalony w

rzeczywistości arbitralnie, nie znajdując uzasadnienia nawet w informacjach powziętych od potencjalnych wykonawców co do realiów rynkowych w tym zakresie już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, iż jak wynika z treści pisma Zamawiającego do Urzędu z dnia 4 lipca 2023 r., Zamawiający przed wszczęciem postępowania nie prowadził działań mających na celu rozeznanie rynku. W związku z tym uznać należy, że wytworzona w ten sposób sytuacja mogła doprowadzić do wyeliminowania niektórych wykonawców, co w kontekście powyższych ustaleń nie pozwala na pogodzenie działania Zamawiającego w szczególności z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, jak również nie dopuszcza możliwości usprawiedliwienia zastosowanego w ten sposób terminu czynnikami stricte ekonomicznymi po stronie Zamawiającego.

Nie może również ujść uwadze fakt, iż Zamawiający uzasadniając możliwe straty finansowe nie powołuje się na żadne dokumenty oraz szczegółowe wyliczenia w tym zakresie, jak również nie przedstawia dowodów, poza ogólnikowymi stwierdzeniami, z których wynikałby realny wpływ wydłużenia terminu wykonania zamówienia w zakresie pierwszej dostawy na pozycję rynkową Zamawiającego.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a także w sposób proporcjonalny Zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jak również, iż poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W konsekwencji zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie zważyła i ustaliła, co następuje

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Zgodnie z art. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także proporcjonalny. Stosownie do 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.

Powołane powyżej przepisy stanowią fundamentalne zasady, będące punktem odniesienia w każdym badaniu poprawności opisania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego.

Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 99 ust. 4 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 99 ust. 4 ustawy Pzp użyty w treści tego przepisu zwrot mógłby utrudniać uczciwą konkurencję wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. W ocenie Izby termin realizacji przedmiotu

zamówienia powiązany z wymogiem dotyczącym splotu tkaniny oznaczony jako „splot skośny 3/1 Z” mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m.in. dyspozycji art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp - jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 16 zasadach udzielania zamówień publicznych.

To więc po stronie zamawiającego leży obowiązek udowodnienia poprawności swojego działania, co wynika z zakazów

niedozwolonego działania zawartych w art. 16 i art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Zatem, dowód na okoliczność, że do utrudnienia uczciwej konkurencji nie doszło ciąży na zamawiającym. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający na poparcie swego stanowiska nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, zaś to po jego stronie, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, gdyż to on musiał wykazać, że nie zaniechał przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a także w sposób proporcjonalny, jak również że nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Równocześnie sam Zamawiający przekazał kopię korespondencji otrzymanej od podmiotów wymienionych w treści pisma z dnia 20 grudnia 2022 r., w której w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazano co następuje:

- Pismo Andropol S.A. z dnia 10 marca 2022 r.: Z naszego doświadczenia możemy powiedzieć, że termin dostawy przędz bawełnianych od producentów egipskich lub hinduskich wynosi od 2 do 3 miesięcy. Do tego dochodzi oczywiście czas przerobu. W naszym przypadku 4-5 tygodni. W wypadku zakupu już gotowej przedmiotowej tkaniny z rynku pakistańskiego lub chińskiego terminu oscylują w granicach 5-6 miesięcy.

- Pismo Andropol S.A. z dnia 18 października 2022 r.: […] orientacyjny termin wykonania przedmiotowej tkaniny wynosiłby około 4,5-5 miesięcy.

- Pismo Sapor Textile sp. z o.o. sp. k.: termin produkcji dla takiego zamówienia to ok. 44,5 miesiąca od akceptacji tkaniny.

- Pismo Tekstylia Lining Center: Termin realizacji zależny jest od ilości jakie są przewidywane. Średnio ok. 4 miesiące.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wykazał, że tkanina z wymogiem dotyczącym splotu tkaniny oznaczony jako „splot skośny 3/1 Z" była dostępna w zakreślonym w dokumentach zamówienia terminie. Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający nie zbadał

dobrze rynku i wyznaczył termin dostawy niejako abstrakcyjny albo możliwy do spełnienia wyłącznie przez podmiot, który dysponował tkaniną na magazynie. Dlatego też jakkolwiek dowodzenie faktów negatywnych jest dość trudne, w tym przypadku że nie doszło do ograniczenia konkurencji, to jednak jest to możliwe przez fakty pozytywne - w tym przypadku Zamawiający powinien przedłożyć dowody na okoliczność wykazania jakie podmioty mogły dostarczyć tkaninę w wymaganym terminie. Natomiast powoływanie się na załączoną do zastrzeżeń od wyniku kontroli korespondencję z podmiotami Tekstylia Linings Center, Tamartex sp. z o.o. i Modus S.A. z dnia 18 września 2023 r. oraz z podmiotem TALAN z dnia 19 września 2023 r. nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy, bowiem nie sposób uznać, aby odzwierciedlały sytuację rynkową na etapie prowadzenia postępowania, skoro zostały pozyskane niespełna rok po upływie terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia poddanym kontroli doraźnej.

Izba podzieliła opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że wymóg dotyczący splotu tkaniny oznaczony jako „splot skośny 3/1 Z" w kontekście terminu realizacji zamówienia określonego w dokumentach zamówienia mógł utrudniać uczciwą konkurencję poprzez doprowadzenie do wyeliminowania niektórych wykonawców, jak również nie odpowiadał zasadzie proporcjonalności. Naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż postawienie wymogu dotyczącego splotu tkaniny oznaczonego jako „splot skośny 3/1 Z" w kontekście terminu realizacji zamówienia określonego w dokumentach zamówienia mogło skutkować zmniejszeniem liczby ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym bardziej że ostatecznie w postępowaniu została złożona jedna oferta.

W konsekwencji Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie, gdyż doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanych przez Prezesa UZP.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: …….

Członkowie: ……...