

Warszawa, dnia 30 października 2019 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17 a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

Izba Administracji Skarbowej w Zielonej Górze  
65-454 – Zielona Góra  
Ul Gen. W. Sikorskiego 2

**Odwołujący:**

ARLEN S.A.  
ul. A. Branickiego 17,  
02-972 Warszawa  
Fax: 22 530 59 07, mail: przetargi@arlen.com.pl

**Dotyczy:** zamówienia publicznego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: Usługę uszycia/wykonania i dostawa składników umundurowania funkcjonariuszy Służby Celno – Skarbowej zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 27 września 2018 r. (tj Dz.U z 2018 poz. 1856) – postępowanie II.

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1) oraz art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie wobec czynności wyjaśnień treści SIWZ stanowiących modyfikację wymagań wobec przedmiotu zamówienia w stosunku do opisu załączonego do SIWZ w chwili jej publikacji w zakresie części I oraz II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 PZP poprzez wskazanie w toku wyjaśnień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia parametrów tego przedmiotu, które nie były ujęte w pierwotnej treści SIWZ, a które prowadzą do tego, że ostateczne wymogi zamawiającego godzą w zasady uczciwej konkurencji i wskazują w praktyce na

jedynego producenta materiałów (jedyne materiały) i jedynego wykonawcę w tym postępowaniu.

2. art. 38 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 4 i 19 datowanej na 29 października 2019 w sposób naruszający w/w przepisy.
3. Art. 38 ust 6 poprzez zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert mimo iż wprowadzone zmiany co do wymagań wobec materiałów z których mogą być wykonane poszczególne wyroby wymaga uzgodnienia z jedynym producentem takiego materiału terminów dostaw. 12 - 14

W związku z naruszeniem w/w przepisów przy udzielaniu odpowiedzi na pytania nr 4, 13 i 19 (odpowiedzi z 25.X), odwołujący żąda nakazania zamawiającemu skreślenia treści odpowiedzi na pytania nr 4 i 19 i pozostawienie bez zmian modyfikowanych wskutek tych odpowiedzi postanowień SIWZ, lub alternatywnie:

W przypadku pytania nr 4 oraz 13 – przyjęcie w każdym z tych przypadków parametru RET na poziomie właściwym dla tego rodzaju ubiorów tj. odpowiednio nie więcej niż 14 m<sup>2</sup>/Pa/W dla kurtek służbowych w kolorze szarzielonym oraz parametru RET nie więcej niż 14 m<sup>2</sup>/Pa/W dla spodni służbowych zimowych, przy użyciu membrany PU. Natomiast, jeśli dopuszczone będą inne rodzaje membran, np. PTFE lub PE, Ret nie więcej niż 10. Dla przykładu: w umundurowaniu dla Komendy Głównej Policji Ret wynosi dla kurtek nie więcej niż 20 m<sup>2</sup>/Pa/W, w ubraniu ochronnym dla wojska Ret ma być nie większy niż 8 m<sup>2</sup>/Pa/W, dla funkcjonariuszy Straży Granicznej Ret jest nie większy niż 12 m<sup>2</sup>/Pa/W, dla Służby Ochrony Państwa nie większy niż 12, a dla Służby Kontrwywiadu Wojskowego Ret jest wymagany nie większy niż 10 m<sup>2</sup>/Pa/W.

W przypadku pytania 19 nakazanie udzielenia odpowiedzi, że zgodnie z pkt 3.13 ppkt 17 wzór poglądowy nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, a dostarczane produkty mają być zgodne z dokumentacją techniczno – technologiczną co do rodzaju i cech materiałów.

W przypadku zarzutu 3 dotyczącego terminu – nakazanie wydłużenia terminu składania ofert o 3 miesiące w stosunku do aktualnie przewidzianego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2019 roku pod numerem 2019/S 197-478973 PL

**Zachowanie warunków formalnych:** Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania Odwołujący powziął w dniu 25 października 2019 roku, tj. w

dniu upublicznienia informacji o wyjaśnieniach i zmianach w treści SIWZ. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływa 4 listopada 2019.

### Uzasadnienie

1. Zamawiający udzielając zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego sporządził opis przedmiotu zamówienia, który wraz z SIWZ udostępnił w dacie publikacji ogłoszenia tj 11 października 2019 r. OPZ o tej pierwotnej treści nie naruszał zasad sporządzania wymagań, co do przedmiotu zamówienia. Jednakże wskutek wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, którego treść zawierała w praktyce wyraźną sugestię co do oczekiwań pytającego, zamawiający uległ tej sugestii i zmodyfikował OPZ w taki sposób, że po tych zmianach w praktyce wszyscy wykonawcy (poza pytającym) zostali wyeliminowani z możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu w częściach, których dotyczyły odpowiedzi na pytania nr 4 i 19, tj część I i II.
2. W pierwotnej treści SIWZ zamawiający nie żądał by kurtka służbowa w kolorze szarozielonym tj składnik części I zamówienia posiadała jakikolwiek parametr RET. Stan faktyczny w tym przypadku jest niesporny i jest tak samo rozumiany przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia - tego wymogu nie było w pierwotnej wersji SIWZ, na co wskazuje zarówno treść pytania nr 4, jak i treść odpowiedzi na to pytanie i co jednocześnie potwierdza Odwołujący.
3. W odpowiedzi na pytanie nr 4 (udzielonej w dniu 25 października 2019 r.), zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań technicznych dla tkaniny zasadniczej produktu – Kurtka służbowa w kolorze szarozielonym, dodał parametr Ret o wartości „nie więcej niż 3m2Pa/W”
4. Uzupelnienie wymagań zamawiającego o ten parametr narusza zdaniem odwołującego art. 29 ust 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia w części I „Kurtki i bluzy” po wprowadzeniu zmiany z dnia 25.X. eliminuje z możliwości złożenia oferty wszystkich wykonawców, którzy stosują tkaniny używane powszechnie przez służby mundurowe do tego rodzaju kurtek, poza jednym tj wykonawcą, który uczestniczył w przygotowaniu tzw. wzorca poglądowego
5. Podobnie w części II dla asortymentu spodnie służbowe zimowe w odpowiedzi na pytanie nr 13 dodano parametr RET „nie więcej niż 3m2 PA/. Podobnie jak w przypadku kurtki zimowej to wymaganie po wprowadzeniu zmiany z dnia 25.X. eliminuje z możliwości złożenia oferty wszystkich wykonawców, którzy stosują tkaniny używane powszechnie przez służby mundurowe do tego rodzaju kurtek, poza jednym tj wykonawcą, który uczestniczył w przygotowaniu tzw. wzorca poglądowego co narusza art. 29 ust 2 ustawy Pzp. Dodatkowo zamawiający dopuszcza się w tym przypadku

naruszenia art. 29 ust 1 tj niejednoznacznie opisuje wymagania, gdyż w odpowiedzi na pytanie nr 13 wartość parametru RET określa na nie więcej niż 3, podczas gdy w tabeli załączonej do Wyjaśnień „Wszystkie zmiany/sprostowania w dokumentacji Techniczno-Technologicznej” parametr Ret jest określony jako wartość „nie więcej niż 5 m<sup>2</sup>/Pa/W.

6. Analogiczny zarzut niemożności osiągnięcia przez wykonawców innych niż twórca wzoru poglądowego i niezasadnego zawyżenia parametru RET dotyczy wyrobu Kurtka służbowa typu softshell w kolorze szarzielonym (w części II zamówienia). Określono go również na poziom nie więcej niż 3 m<sup>2</sup>/Pa/W, podczas gdy tkaniny stosowane do wykonywania takich wyrobów mundurowych nie osiągają tego parametru co pozostawia możliwość uzyskania zamówienia jedynie wykonawcy wzoru poglądowego. Także w tym przypadku dochodzi także do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia (naruszenia art. 29 ust. 1) W Wyjaśnieniach SIWZ z dnia 25.10.2010 r, w odpowiedzi na pytanie nr 13 Zamawiający określił parametr Ret na wartość nie więcej niż 3 m<sup>2</sup>/Pa/W, tymczasem w tabeli załączonej do Wyjaśnień „Wszystkie zmiany/sprostowania w dokumentacji Techniczno-Technologicznej” parametr Ret jest określony jako wartość „nie więcej niż 5 m<sup>2</sup>/Pa/W.
7. Jednocześnie w punkcie 3.13. ppkt 2) pierwotnej SIWZ zamawiający przesądził, że *Wykonawca do realizacji zamówienia użyje materiałów i dodatków własnych, zgodnych z dokumentacją techniczno-technologiczną, rozporządzeniem oraz poglądowymi wzorami będącymi w dyspozycji Zamawiającego, zaś w pkt 3.1.3. ppkt 17) wskazał, że wzory poglądowe nie są wiążące – pisząc: Zamawiający posiada wzory składników umundurowania, które z uwagi na dokonane zmiany w dokumentacji techniczno-technologicznej mają jedynie charakter poglądowy. W dalszej części tego ppkt (17) zamawiający objaśnił, że obejrzenie tych wzorów nie jest obowiązkiem wykonawcy, a jednocześnie informacji o tych wzorach nie zawarł w OPZ. Ta konstrukcja SIWZ w sposób jednoznaczny wskazywała, że „wzory poglądowe” znalazły swe odzwierciedlenie w „dokumentacji techniczno – technologicznej” która znajduje zastosowanie do wykonania przedmiotu zamówienia. Na taki niewiążący charakter „wzorów poglądowych” wskazuje też orzecznictwo zapadające w analogicznych przypadkach.*
8. W uchwale z 21 października 2014 r. (KIO/KD 95/14), KIO stanęła na stanowisku, że wykonawca nie powinien być zmuszony do pozyskania dodatkowych informacji dotyczących uszczegółowienia warunków związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia poprzez odbycie wizji lokalnej – czyli w innych źródłach – poza dokumentem SIWZ co w realiach sprawy objętej odwołaniem oznacza iż wykonawca nie był związany szczegółowymi cechami tzw. „wzoru poglądowego” o ile jakiegś cechy tego wzoru nie ujęto w dokumentacji techniczno – technologicznej”

9. Ten jednoznaczny charakter postanowień SIWZ zamawiający zmodyfikował jednak odpowiedzią na pytanie nr 19 (udzieloną 25.X.). Zamawiający wskazał w niej, że wymaga, aby „cała produkcja realizowana w ramach zamówień była wykonana z materiałów tożsamych z użytymi do wykonania wzorów poglądowych zamawiającego”.
10. Żądanie „tożsamości materiałów” z tym, który był użyty do wykonania wzoru poglądowego, oznacza, że musi to być dokładnie ten sam materiał. Tożsamy oznacza bowiem taki sam tj niedopuszczalne są jakiegokolwiek różnice. A jednocześnie na rynku brak jest dwóch materiałów w pełni identycznych. Zamawiający, który otrzyma ofertę (lub w trakcie realizacji zamówienia otrzyma produkt) z innym materiałem – odrzuci ją lub odmówi przyjęcia przedmiotu zamówienia z racji niezgodności z OPZ.
11. W ten sposób (poprzez powyższą zmianę) zamawiający wyeliminował z możliwości udziału w przetargu wykonawców oferujących wyroby z materiałów innych niż użyte do wykonania wzoru poglądowego. Uczyniono to mimo tego, że zamawiający sam wskazywał w SIWZ na niewiążących charakter tego wzoru, a ponadto nie opisał wymagań dla materiału użytego przy wykonaniu wzoru. Zmiana SIWZ narusza więc nie tylko art. 29 ust. 2 poprzez eliminację konkurencji, ale także art. 29 ust. 1 poprzez brak w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie wymagań materiałowych, gdyż te zostały całkowicie zmodyfikowane udzieloną odpowiedzią na wspomniane pytanie. Zamiast wymagań z dokumentacji techniczno – technologicznej – obowiązujące stały się nigdy nie opisane cechy tożsame do tych jakie posiada materiał użyty do wykonania wzoru poglądowego.
12. Sporządzone przez zamawiającego wyjaśnienia i zmiany są czynnością w rozumieniu przepisu art. 180 PZP, czyli taką, wobec której dopuszczalne jest wnoszenie środków ochrony prawnej.
13. Odpowiedzi na pytania opublikowane w dniu 25 października (pkt 4 i 19 zawierają nowe nieznanne wcześniej wymagania, poprzez zaostrenie dotychczasowych wymogów lub zastąpienie ich innymi i nieopisanymi prawidłowo. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wraz z opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy precyzuje wzajemne prawa i obowiązki stron postępowania, umożliwia wykonawcom poznanie oczekiwań zamawiającego oraz weryfikację wymogów do należytego wykonania zamówienia. Wskazane zasady dotyczą również wyjaśnień treści specyfikacji w trybie art. 38 PZP. Wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego w toku postępowania stanowią wykładnię postanowień specyfikacji i są wiążące zarówno dla zamawiającego jak i dla wykonawców – muszą więc być sporządzane w sposób zgodny z wymogami art. 29 ustawy Pzp, czego zamawiający nie przestrzegał w sytuacji objętej odwołaniem.

14. Dodać też trzeba argumentację z wyroku Sądy Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 r. (V Ca 1322/02) - „Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ”. Oznacza to, że podlegają regułom art 29, o ile dotyczą opisu przedmiotu zamówienia i nie mogą dyskredytować określonych rozwiązań lub materiałów.
15. Na skutek udzielonych wyjaśnień (odpowiedzi nr 4, 13 i 19), przedmiot zamówienia jest określony w sposób dyskryminacyjny i naruszający zasady uczciwej konkurencji.
16. Z kolei art. 38 ust 6 został naruszony w sposób rażący, gdyż pozostawienie wykonawcom kilkunastu dni (od daty zmiany do terminu składania ofert) na wyszukanie producenta materiału wymaganego (o wymaganym parametrze RET) i uzgodnienie z nim terminów i warunków dostaw tkanin o takim parametrze jest niemożliwe. Co więcej – producent ten (w ocenie odwołującego jedyny) może narzucać długie terminy dostaw ze względu na zwiększone zapotrzebowanie na taki materiał. NA dzień złożenia odwołania żaden z wiodących producentów nie potwierdził w ogóle że jest w stanie wykonać materiał o takich parametrach RET. Samo znalezienie wytwórcy jest więc czasochłonne i wymaga dodatkowego terminu. Ustalenie zasad i terminów dostaw materiału to konieczny czas dodatkowy – łącznie więc jest to czas wskazany w żądaniu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

**Załączniki:**

1. dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu;
2. pełnomocnictwo
3. dowód wniesienia wpisu od odwołania;