

Sygn. akt: **KIO/UZP 62/10**

KIO/UZP 80/10

WYROK
z dnia 26 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Luiza Łamejko**

Jolanta Markowska

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lutego 2010r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **10 lutego 2010r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10

B. Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summit S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raławicka 20

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestów:

A. ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10 z dnia 21 grudnia 2009 r.

B. Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summit S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raclawicka 20 z dnia 21 grudnia 2009 r.

przy udziale **ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10**

oraz przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summie S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raclawicka 20** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołania

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10

B. Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summit S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raclawicka 20

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A** koszty w wysokości 2222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10**
- B** koszty w wysokości 2222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summit S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raławicka 20**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
- A** kwoty 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10** na rzecz **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- B** kwoty 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summit S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raławicka 20** na rzecz **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 25556 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty 12778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ARLEN S.A., 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10**
- B** kwoty 12778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina (Pełnomocnik Wykonawców – lider konsorcjum KAMA CKT-99), 07-300 Ostrów Mazowiecki, ul. Różańska 18, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, 381-545 Gdynia, ul. Spółdzielcza 1, Konfeksjoner Sp. z o.o., 32-500 Chrzanów, ul Mieszka I 11/22 oraz Summit S.A., 41-506 Chorzów, ul. Raławicka 20.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne na: „Dostawę 30 000 szt kurtek służbowych zimowych z podpinką i ocieplaczem z polaru - zadanie nr 1 oraz 30 000 szt. spodni służbowych zimowych - zadanie nr 2” prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zostało przez zamawiającego – Komendę Główną Policji w Warszawie unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [ustawa PZP]. O powyższym W uzasadnieniu zamawiający podał, iż w niniejszym postępowaniu złożone oferty przez wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, a zatem ma zastosowanie wskazany przez przepis art. 93 ust.1 pkt 1 PZP. Odwołanie od tej decyzji wniósł wykonawca ARLEN S.A. z Warszawy (sygn. akt: KIO UZP/62/100 i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Krzysztof Miękina prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina – Lider Konsorcjum KAMA CKT-99 z Ostrowa Mazowieckiego, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów z Gdyni, Konfeksjoner Sp. z o.o. z Chrzanowa oraz Summit S.A. z Chorzowa [zwany dalej Konsorcjum Kama CKT-99] – (sygn. akt: KIO UZP/80/100).

1. Odwołanie sygn. akt: KIO UZP/62/10

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 11 stycznia 2010 r. od rozstrzygnięcia przez zamawiającego w dniu 31 grudnia 2010 r. protestu wniesionego przez ARLEN S.A.

wykonawca zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2007 r. nr 223, poz.1655 ze zm.)[ustawa PZP]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy treść oferty odpowiada treści SIWZ;
2. art. 26 ust. 3 ustawy PZP, polegające na braku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP polegające na unieważnieniu postępowania z powodu braku ważnych ofert, podczas gdy oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 183 ust. 5 ustawy PZP, polegające na zaniechaniu uwzględnienia protestu odwołującego i zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum KAMA CKT-99 z powodu niezgodności treści oferty konsorcjum z treścią SIWZ, wskazanych w proteście odwołującego;
5. art. 183 ust. 4 polegające na braku uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu w zakresie zarzutów dotyczących konsorcjum KAMA CKT-99.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że pismem z dnia 11 grudnia 2009 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum KAMA CKT-99 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji zamawiający stwierdził, że obydwie oferty zawierają niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, polegające na nie niezgodności wzorów zaproponowanych wyrobów z wymaganiami Zamawiającego. W związku z tym zamawiający unieważnił postępowanie z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu - na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący braku zaświadczeń z laboratorium akredytowanego na potwierdzenie składu surowcowego dla ociepliny w zadaniu nr 1. W ogóle nie odniósł się w uzasadnieniu do zarzutów dotyczących niezgodności oferty konsorcjum KAMA CKT-99 z treścią SIWZ, podniesionych w proteście odwołującego. Zdaniem odwołującego również pozostałe zarzuty protestu podlegają uwzględnieniu. W zakresie dotyczącym zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację na ich poparcie, wskazaną w proteście podnosząc, co następuje:

Zadanie 1

Zarzut niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], że w złożonym przez ARLEN SA wzorze kurtki służbowej, zimowej z podpinką i ocieplaczem z polaru szerokość rękawa pod pachą wynosi 31 cm zamiast wymaganych $29 \pm 0,5$ cm - jest niezasadny. Sposób dokonywania pomiarów płaskich

wyrobów włókienniczych opisuje norma PN-92 P-84750 „Wyroby konfekcyjne z płaskich wyrobów włókienniczych Wyznaczanie wymiarów”, która w rozdz. 2 pkt. 2.3 określa: „Pomiary szerokości pod pachą i szerokości rękawa u góry należy wykonywać 2 cm poniżej szwów łączących lub krawędzi podkroju pach”. Szerokość rękawa mierzona zatem zgodnie z tymi wytycznymi spełnia wymagania Specyfikacji Technicznej i wynosi 28.7cm. Rysunek na str. 85/95 Specyfikacji Technicznej jest zbyt mało precyzyjny (nie podaje kąta nachylenia) i dlatego skoro wymiar 14b, mierzony zgodnie z normą, odpowiada wymaganiom SIWZ, to nie można z tego powodu odrzucić oferty odwołującego. Wobec powyższego, skoro oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, Zamawiający ma obowiązek wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wyników badań dla splotu materiału kurtki. Odwołujący posiada brakujący certyfikat dotyczący splotu tkaniny.

Zadanie 2

Zarzuty Zamawiającego, że wzór załączony do oferty w zadaniu nr 2 jest niezgodny z wymaganiami Specyfikacji Technicznej są niezasadne, albowiem:

1. szerokość stępnówki lewej rozporka wynosi 5 cm, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Rysunek poglądowy zamieszczony na str. 19/30 Specyfikacji Technicznej nakazuje objęcie pomiarem całej szerokości plisy (zdjęcie - zał. nr 4).
2. odległość podklejenia taśmy od podwinięcia dołu nogawki spodni wynosi 4 cm, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (zdjęcie - zał. Nr 5). W niewielkiej części taśma jest nieznacznie skrzywiona i w tym miejscu odległość ta dochodzi do 4,3 cm. Jednak nie może to stanowić podstaw do odrzucenia oferty, a jedynie do niższej oceny na podstawie rozdz. XIV pkt. 2.3), zwłaszcza, że jest to usterka, która nie wpływa na funkcjonalność wyrobu;
3. zarzut dotyczący braku zaświadczeń z laboratorium akredytowanego na potwierdzenie składu surowcowego dla ociepliny w zadaniu nr 2 jest nieprawdziwy. Na stronie 74 oferty są załączone sprawozdania z badań wykonane w Instytucie Włókiennictwa w Łodzi. Takie same wyniki badań są załączone do oferty konsorcjum KAMA CKT-99 (na str. 251), również wykonane w Instytucie Włókiennictwa, zostały uznane przez Zamawiającego za prawidłowe. Wyniki te są identyczne pod względem merytorycznym i oba jednoznacznie określają skład surowcowy układu ocieplającego. Wynik badań przedstawiony przez ARLEN S.A., (który nie został uznane przez zamawiającego) potwierdza: „układ ocieplający - SPODNIE (...) wynik rozpoznania: włókno poliestrowe (PES) włóknina P 80 włóknina kalandrowana 100% poliester”, a wynik badań konsorcjum KAMA CKT- 99 , potwierdza „zidentyfikowany surowiec: włókno PES 100% poliester włóknina P 80 - włóknina kalandrowana” (zał. nr 6). Odwołujący zwraca uwagę, że zamawiający uwzględnił analogiczny zarzut w zadaniu nr 1, nie wiadomo więc dlaczego (być może przez pomyłkę) nie uwzględnił takiego samego zarzutu w zadaniu nr 2.

W związku z powyższym, zdaniem wykonawcy, zamawiający nie mając podstaw do odrzucenia oferty odwołującego powinien, zgodnie z wymaganiami art. 26 ust. 3 ustawy, wezwać go do uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów. W odniesieniu do oferty wykonawcy - Konsorcjum Kama CKT-99 w zakresie zadania 1 wskazał, że w badaniach potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego (str. 74/95 Specyfikacji technicznej) w tabeli nr 3 dla podpinkii pod kurtkę z polaru Konsorcjum złożyło wyniki badań dla polaru w kolorze czarnym (str. 183 - 186), tymczasem w pkt. 1 a tabeli nr 3 Zamawiający wyraźnie określił kolor ciemny granat (zał. nr 3), a ponadto na wzmocnieniach łokci odpływy są umieszczone przy krawędzi stębnówki, natomiast zamawiający na rys. 1 (str. 12) wyraźnie narzucił, że odpływy mają być umieszczone na środku paska. Wymaganie zamawiającego w tym zakresie jest uzasadnione, ponieważ zapewnia prawidłowy drenaż wody. W przypadku zadania 2 wykonawca wskazuje, że oferta Konsorcjum KAMA CKT - 99 zawiera wyniki badań również dla polaru w kolorze czarnym, a nie wyników badań - w kolorze ciemno granatowym zgodnie z SIWZ i załączonym wzorem, który to brak zamawiający pominął (część 1), a ponadto rozprek jest we wzorze Konsorcjum KAMA CKT-99 jest zaokrąglony, a Zamawiający na rys. 1 (str. 7) narzucił kształt prostokąta (zdjęcie - zał. Nr 8). (część 2)

W przystąpieniu do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego wykonawca - Konsorcjum KAMA CKT-99 podniósł, iż zarzuty odwołującego są nieuzasadnione i nie poparte jakimikolwiek dowodami, zaznaczając, że treść oferty Konsorcjum w pełni odpowiada treści SIWZ.

2. Odwołanie sygn. akt: KIO UZP/80/10

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 8 stycznia 2010 r. od oddalenia przez zamawiającego protestu z dnia 21 grudnia 2009 r. wykonawca - Konsorcjum KAMA CKT-99 zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w następującym zakresie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż oferta Odwołującego w części nr 1 i 2 Postępowania jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ w części nr 1 i 2 Postępowania,

4. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne unieważnienie Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, iż zamawiający błędnie podnosi, że treść oferty odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ i podkreślił, iż zgodność powyższych wymiarów w zakresie zadania 1 i zadania 2 z wymaganiami zamawiającego potwierdza załączona do oferty specyfikacja techniczna. Wskazując na kwestionowane przez zamawiającego dokumenty i wymiary, stanowiące podstawę odrzucenia oferty, wykonawca podał, iż w pkt VII ppkt II SIWZ zamawiający na potwierdzenie spełniania wymagań przez oferowane wyroby żądał „zaświadczenia (np. certyfikaty) o wynikach badań dla materiałów podstawowych użytych do wykonania wzoru oferowanego przedmiotu zamówienia (załączonego do oferty), potwierdzające spełnienie wymagań zgodnie z pkt. 5a) Specyfikacji Technicznej (ST - 13/KGP/2008) dla kurtki zimowej z podpinką i ocieplaczem z polaru dla zadania nr 1, stanowiącej załącznik nr 5 do niniejszej SIWZ oraz zgodnie z pkt. 7a) Specyfikacji Technicznej (ST - 14/KGP/2008) dla spodni służbowych zimowych dla zadania nr 2, stanowiącej załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ. Parametry w dokumentach muszą być określone w takich samych mianach jak ww. Specyfikacjach Technicznych". Ponadto, zamawiający żądał także załączenia „wzoru oferowanego przedmiotu zamówienia (...)”. Co znamienne, zamawiający nie stwierdził w tym przypadku, iż „parametry wzoru muszą być w tych samych mianach jak ww. Specyfikacjach Technicznych”. Jednak wzór ten miał służyć umożliwieniu zamawiającemu dokonania oceny ofert w kryterium „Ocena techniczna” zgodnie z pkt. XIV SIWZ. W kryterium tym zamawiający przewidział ocenę w zakresie a) szwów (ciągłość i równość, wykonanie bez zmarszczeń i wyciągnięć, zabezpieczenie przed pruciem), b) połączenie elementów składowych (bez fałd i zgrubień), c) kształt wyrobu (zniekształcenia i skrzywienia, estetyka wykonania poszczególnych elementów wyrobu. O przeznaczeniu wzoru świadczy zastrzeżenie w pkt VII pdpkt II SIWZ, iż zamawiający zastrzega sobie prawo do uszkodzenia przedłożonych w ofercie wzorów podczas dokonania oceny technicznej i jakościowej. W przypadku zniszczenia wzoru przez zamawiającego, potwierdzenie wymaganych w SIWZ parametrów technicznych w oparciu o wzór byłoby niemożliwe. Tak więc jedynym miarodajnym dokumentem załączonym do oferty, który pozwala na potwierdzenie wymaganych parametrów technicznych na każdym etapie postępowania jest tylko załączona do oferty specyfikacja techniczna. Skoro więc przedłożony z ofertą wzór miał służyć do dokonania oceny ofert, a do potwierdzenia parametrów oferowanych wyrobów służyć ma załączona do oferty specyfikacja techniczna, to drobne odchylenia wzoru od parametrów technicznych, które nie mają jakiegokolwiek wpływu na dokonanie przez Zamawiającego oceny oferty, nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. O sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ decydować może wyłącznie treść załączonej do oferty specyfikacji technicznej. Ta zaś w

przypadku odwołującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ, a więc nie może być mowy o sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Nie można także nie wziąć pod uwagę, iż Odwołujący oświadczył w treści oferty, że „oferuje wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w załącznikach stanowiących jej integralną część”. Jeżeli więc do oferty załączona została specyfikacja parametrów oferowanych wyrobów, które są zgodne z wymaganymi w SIWZ, to należy domniemywać, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ i zapewnia należyte wykonanie zamówienia. Według wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 16/09) „z treści tej oferty, z całokształtu zawartych w niej oświadczeń wynika, zdaniem Izby, zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami SIWZ. Dokonując badania i oceny oferty Zamawiający winien brać pod uwagę całą jej treść. W świetle art. 66 par. 1 Kodeksu cywilnego, oferta zawierać ma istotne postanowienia przyszłej umowy. Oferta odwołującego zawiera wszystkie istotne elementy zawarte w SIWZ. (...). Ofertę należy rozumieć w sposób określony w art. 56 Kc, z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia. Nie bez znaczenia pozostaje fakt złożenia przez odwołującego w części I pkt 5 formularza ofertowego oświadczenia, iż zapoznał się z SIWZ i dokumentacją techniczną przedmiotu zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz, że zobowiązuje się w przypadku wybrania jego oferty, do zawarcia umowy na warunkach i zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Nawet, jeżeli na podstawie przedłożonego wraz z ofertą wzoru - który miał służyć do dokonania oceny ofert - Zamawiający stwierdził rzekome różnice z wymaganymi przez niego parametrami, to biorąc pod uwagę jednoznaczne oświadczenie odwołującego zawarte w treści oferty oraz parametry oferowanych wyrobów wynikające z załączonej do oferty specyfikacji technicznej, zamawiający powinien był zwrócić się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie stwierdzonych rozbieżności. Jeżeli bowiem zamawiający nie miał pewności co do znaczenia treści oferty odwołującego, to nie mógł jej odrzucić bez ustalenia jej jednoznacznego brzmienia. Powołując się na orzecznictwo wykonawca stwierdza, iż odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający w sposób bezkrytyczny pomija podstawowy cel któremu służą przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.. Celem tym jest wybranie najkorzystniejszej oferty, która zaspokoi w sposób należyty potrzeby zamawiającego. Stosowany przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie formalizm, nie może być celem samym w sobie. Zbyt rygorystyczne i pełne nad interpretacji stosowanie przepisów ustawy Pzp może bowiem prowadzić - jak w tym przypadku - do nadużycia prawa przez Zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym, oferta odwołującego nie zawiera sprzeczności z treścią SIWZ, a rzekome odchylenie wymiaru wzoru względem wymaganych przez Zamawiającego parametrów można uznać ewentualnie tylko za nieistotną różnicę.

Ponadto, w każdym przypadku rzekome różnice stwierdzone przez Zamawiającego polegają na zaoferowaniu wyrobów o parametrach większych niż wymagane, a nie mniejszych, co pozwala na stwierdzenie, że zaoferowany przez Odwołującego sposób wykonania zamówienia pozwala na jego wykonanie w całości. Gdyby bowiem odwołujący wycenił wykonanie przedmiotu zamówienia z mniejszej ilości materiałów, można byłoby mówić, o braku możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia. Jednak nawet uwzględniając nieuzasadnione zarzuty zamawiającego, odwołujący wycenił wykonanie zamówienia w każdym przypadku w większym rozmiarze niż wymagał tego zamawiający, a więc w konsekwencji może także wykonać to zamówienie w wymiarze mniejszym tj. z mniejszej ilości materiałów. W każdym więc przypadku, z wyżej wymienionych przyczyn odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego w części nr 1 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp jest zupełnie bezpodstawne i nieuzasadnione. Dalej wykonawca podnosi, iż zamawiający dokonał negatywnej oceny oferty Odwołującego na podstawie załączonego przez z niego wzoru. W konsekwencji Zamawiający zakwalifikował ten wzór jako dokument/próbkę, o których mowa w art.25 ustawy Pzp i przepisach rozporządzenia. Jednak dokumenty i próbki takie, jeśli nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków, podlegają obligatoryjnemu wezwaniu do uzupełnienia w trybie art.26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia/modyfikacji wzoru. Treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie przewiduje jakiegokolwiek możliwości odstąpienia od wezwania do uzupełnienia dokumentu/próbki, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i przepisach rozporządzenia również w sytuacji, gdy dokument/próbka służy do oceny ofert (a przepis ten przewiduje wyraźnie dwa inne wyjątki). Z całą pewnością należy więc stwierdzić, iż przedłożony wzór nie może zostać uznany za dokument, ani próbkę, potwierdzającą spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. W innym przypadku, zamawiający musiałby wezwać odwołującego do uzupełnienia wzoru. Skoro więc załączony do oferty wzór nie jest dokumentem, ani próbką potwierdzającą spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, to zupełnie błędne i nieuzasadnione jest stwierdzenie na jego podstawie, iż oferowane przez odwołującego parametry wyrobów nie spełniają wymagań określonych w SIWZ. Ustalenie, czy oferowane przez odwołującego wyroby spełniają wymagania zamawiającego powinno być zatem dokonane na podstawie innych dokumentów załączonych do oferty, w tym przypadku na podstawie załączonej do oferty specyfikacji technicznej. Gdyby bowiem specyfikacja ta nie potwierdzała, że oferowane przez Odwołującego wyroby spełniają wymagania określone w SIWZ, zamawiający miałby możliwość - a wręcz obowiązek - wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego dokumentu. Dopiero gdyby uzupełniona specyfikacja nie potwierdzała

tych wymagań, zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja aniżeli przedstawiona powyżej prowadziłaby do bezprawnego wyłączenia przez Zamawiającego stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei w proteście wykonawca kwestionując zasadność odrzucenia ofert Konsorcjum na podstawie art. 89 ust.1 pkt Pzp podniósł, że po otrzymaniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty przedstawiciele wykonawcy dokonali w siedzibie zamawiającego ponownych pomiarów wzorów załączonych do oferty i w przekonaniu wykonawcy tylko, co do parametru usztywnienia kurtki jest odstępstwo od wymagań specyfikacji technicznej, lecz jest to najmniej znaczący wymiar w całej konstrukcji kurtki, nie ma wpływu na walory kurtki, a tym samym nie może dyskwalifikować wykonawcy z postępowania. W przypadku spodni i wymiaru 5k, wykonawca powołując się na rys. 54 stwierdził, że należało podać szerokość listewki prawej rozporka a nie „szerokość stębnówki lewej rozporka”. Zatem niejasność tego wymagania i odmienna interpretacja nie może obciążać wykonawcy zgodnie z orzecznictwem, które wykonawca podał w uzasadnieniu. W końcowej części odwołania (pozostałe argumenty) wykonawca podniósł, iż w jego ocenie wymagane wzory można zakwalifikować jako próbki, o których stanowi art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy, jednakże w ocenie wykonawcy za taką próbkę potwierdzającą spełnianie przez dostawę wymagań określonych przez zamawiającego w rozumieniu wskazanego przepisu wzory nie mogą być uznane, albowiem w takim przypadku zamawiający musiałby wezwać wykonawcę do uzupełnienia wzoru na podstawie art. 26 ust.3 Pzp. Jednakże taka ocena zdaniem wykonawcy powinna być prowadzona na podstawie załączonej do oferty specyfikacji technicznej. Zdaniem wykonawcy gdyby specyfikacja techniczna nie potwierdzała, że oferowane przez odwołującego wyroby spełniają wymagania określone w SIWZ, wtedy zamawiający miałby możliwość wezwania wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust.3 i odrzucenie oferty na podstawie art. 26 ust.3 byłoby możliwe tylko wtedy gdyby specyfikacja techniczna po uzupełnieniu nie potwierdzała wymagań zamawiającego. W konkluzji wykonawca powołując się na argumentację podnoszoną w odwołaniu wniósł jak w petitum odwołania i protestu.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawca ARLEN S.A., wnosząc o oddalenie odwołania podał, iż niezasadne jest twierdzenie, że wzory wyrobów mogą być niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a wystarczające dla oceny zgodności jest porównanie specyfikacji technicznej z SIWZ. Zwraca uwagę, iż zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje oceny zgodności oferowanych wyrobów z siwz, a dopiero potem gdy wyrób spełnia wymagania siwz, ocenia go pod kątem kryteriów oceny ofert. Oświadczenie wykonawcy w ofercie wobec niezgodności zaoferowanych wzorów nie ma

znaczenia. Z powodu rzeczywistej i mierzalnej niezgodności wymiarów wzorów ze specyfikacją brak było podstaw do zastosowania art., 87 ust.1 ustawy. Również w ocenie wykonawcy zarzut, co do wymiaru 5k (szerokości stębnówki lewej rozporka) jest nieuzasadniony, albowiem na rysunku na stronie 19 ST ST- 14/KGP/2008 wyraźnie zaznaczono, o który wymiar chodzi. Co do innych zarzutów z odwołania wykonawca wskazuje, że zarzuty dotyczące kwalifikacji wzorów jako próbek do których mógłby mieć zastosowanie art. 26 ust.3 Pzp nie zostały poprzedzone protestem, a zatem nie mogą być rozpatrywane. Także zarzuty dotyczące wykonawcy ARLEN S.A. w jego ocenie nie zostały podtrzymane, albowiem w ostatnim zdaniu wykonawca odwołał się do petitum protestu i odwołania, a zarzuty wskazywane tylko w proteście zamieszczone zostały wyłącznie w końcowej części uzasadnienia protestu.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w protestach, odwołaniach i rozstrzygnięciach protestów oraz złożone w trakcie rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpatrując odwołania KIO/UZP - 62/10 oraz KIO/UZP - 80/10 skład orzekający Izby, dopuścił dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ze specyfikacji technicznych ST-13/KGP/2008 i ST-14/KGP/2008 stanowiących załącznik nr 5.1 i 5.2 do specyfikacji, identyfikujących wyroby będące przedmiotem zamówienia poprzez określenie parametrów jakie powinny być spełnione, a także dopuścił dowody z treści oferty odwołującego się wykonawcy – ARLEN S.A. i wykonawcy Konsorcjum Kama CKT-99. Ponadto rozpatrując odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP - 62/10 Izba dopuściła dowód z pomiarów wzorów w zakresie wskazanym poniżej.

W zakresie odwołania KIO/UZP - 62/10

Po rozpoznaniu zarzutów z odwołania o sygn. akt: KIO/UZP- 62/10 skład orzekający Izby uznał, iż podnoszony zarzut bezpodstawności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że zarówno w treści protestu jak i

odwołania wykonawca domagał się zastosowania normy PN – 92 P-84750 („Wyroby konfekcyjne z płaskich wyrobów włókienniczych. Wyznaczanie wymiarów”) przy dokonywaniu pomiaru kurtki według parametru 14b. Jednakże norma ta nie została przez zamawiającego wskazana w Specyfikacji Technicznej jako mająca zastosowanie przy wykonywaniu pomiaru. Zatem wykonawca nie może żądać, aby zamawiający zweryfikował podstawy pomiaru przyjęte w przypadku kurtki (zadanie 1), co do tego parametru w oparciu o wskazywaną przez wykonawcę normę. Z dowodu przeprowadzonego na rozprawie wynika, że według metodologii pomiaru zamawiającego wzór kurtki załączony do oferty nie spełnia wymaganego wymiaru, co do szerokości rękawa pod pachą i wynosi 30 cm, podczas, gdy zamawiający wymagał 29 cm +/- 0,5 cm. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż zamawiający nie opisał w specyfikacji technicznej jednoznacznie metodologii pomiaru wzorów w zakresie wymaganych parametrów. Powyższe, w ocenie Izby, przy tym przedmiocie zamówienia i zasadach oceny ofert, co do ich zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia należy uznać za istotny mankament specyfikacji. Jednakże – jak ustalono w toku rozprawy – zamawiający dokonując pomiaru parametrów przyjął jednolite podstawy pomiaru każdego ze wzorów załączonych do oferty. I tak w przypadku parametru 14b dla kurtki, pomiar dokonywany był w linii prostej od miejsca w którym kończy się szew boku i następuje wszycie rękawa, a odwołujący wymagał aby dla pomiaru przyjęto kąt prosty. Jednocześnie Izba zauważa, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie skorzystali z procedury przewidzianej w art. 38 ustawy Pzp uprawniającej do żądania wyjaśnień treści specyfikacji jak również wnoszenia środków ochrony prawnej na te postanowienia siwz, które w ich ocenie mogły prowadzić do naruszenia zasad określonych m.in. w art. 7 ust.1 Ppz. Domaganie się zatem zastosowania określonych podstaw oceny zgodności oferty ze specyfikacją, w tym przypadku wykonania pomiaru kurtki, oraz uwzględnienie takich żądań przez zamawiającego, prowadziłoby *de facto* do co najmniej naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, o której stanowi wskazany przepis art. 7 ust.1 Pzp. Stąd też Izba uznała, iż brak jest podstaw do kwestionowania zasad i podstaw dokonywania pomiaru kurtki według parametru 14b, które zostały przyjęte przez zamawiającego.

W zakresie zadania 2 wykonawca nie udowodnił, że sposób dokonywania pomiaru spodni wg parametru 5k narusza postanowienia specyfikacji technicznej, a w odniesieniu do parametru dotyczącego odległości podklejenia taśmy potwierdził niedopuszczalną przez specyfikację rozbieżność między wymiarem wymaganym a proponowanym we wzorze spodni. Z dowodu przeprowadzonego na rozprawie wynika, że według metodologii pomiaru zamawiającego spodnie stanowiące wzór załączony do oferty nie spełniają wymaganego wymiaru, co do parametru 5k. W tym przypadku Izba przyjęła za udowodnione twierdzenie zamawiającego, iż pomiaru należy dokonywać po stronie zewnętrznej, a nie wewnętrznej jak

domagał się wykonawca. W ocenie Izby powyższą metodologię potwierdza także rysunek 8 na str 19 ST- 14/KGP/2008. W przypadku parametru dotyczącego odległości podklejenia taśmy Izba uznała, iż w świetle treści specyfikacji technicznej takiej wady wzoru nie można kwalifikować jako usterki nie powodującej konsekwencji z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Także w odniesieniu do tego parametru zamawiający wymagając 4 cm na całej długości nie dopuścił żadnych odchyłań.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby uznał jednocześnie, że odwołanie podlega oddaleniu również w zakresie zarzutu braku wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 PZP, co do wymaganych specyfikacją zaświadczeń - certyfikatów z uwagi na to, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Za nie udowodnione, a zatem podlegające oddaleniu skład orzekający uznał zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Kama CKT-99, co do zadania 1 w zakresie elementu kurtki oznaczonego jako odpływy (rys. 1 – str 12) oraz co do zadania 2 w zakresie elementu spodni – kształtu rozporka. W tym przypadku zamawiający nie podał, a zatem nie wymagał w specyfikacjach technicznych jak mają być umiejscowione odpływy na rękawie kurtki, oraz jaki ma być kształt rozporka w spodniach. Należy zgodzić się z zamawiającym, że ewentualnie te elementy wzoru mogłyby być przedmiotem oceny wzorów według kryterium ocena techniczna i jakościowa. W tym kryterium (pkt XIV. 2 siwz) – jak podał zamawiający ocenie podlegać miała m.in. estetyka wykonania poszczególnych elementów wyrobu. W zakresie wyników badań dla polaru w kolorze czarnym postawiony zarzut zasługiwałby na uwzględnienie, o ile oferta tego wykonawcy zgodnie z treścią art. 26 ust.3 Pzp nie podlegałaby odrzuceniu. Z ustaleń Izby wynika, iż w przypadku oferty wykonawcy Konsorcjum Kama CKT-99 ma zastosowanie przepis art. 89 ust.1 pkt 2, a zatem także ten zarzut nie może być uwzględniony. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż brak rozpatrzenia zarzutu podniesionego w proteście bądź brak uzasadnienia dla zarzutu, który jest oddalony nie stanowi naruszenia przepisu art. 183 ust.4, albowiem ustawa, co do zasady - zgodnie z ust.3 tego przepisu – uprawnia zamawiającego do nie rozpatrywania protestu, stanowiąc w takim przypadku o jego oddaleniu.

W zakresie odwołania KIO/UZP - 80/10

Po rozpoznaniu zarzutów z odwołania o sygn. akt: KIO/UZP - 80/10 skład orzekający Izby uznał, iż podnoszony zarzut bezpodstawności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na

uwzględnienie. Przede wszystkim Izba wskazuje, iż zgodnie z pkt II SIWZ ppkt 3 wzory oferowanego przedmiotu zamówienia dla zadania 1 i 2 mają być zgodne ze Specyfikacją Techniczną odpowiednio ST-13/KGP/2008 oraz ST-14/KGP/2008. Wzory te wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą. Nie można zatem – w przekonaniu składu orzekającego Izby - zgodzić się z twierdzeniami wykonawcy, że te wzory miałyby tylko służyć ocenie ofert w kryterium „ocena techniczna i jakościowa”. Zgodnie bowiem z ustawą PZP zamawiający w pierwszej kolejności jest zobowiązany dokonać oceny zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji, w szczególności w zakresie wymagań co do przedmiotu zamówienia. Żądając zatem załączenia do oferty wzorów objętych przedmiotem zamówienia dla których zostały wskazane szczegółowe parametry zamawiający był uprawniony do oceny zgodności tych wzorów z wymaganiami specyfikacji. Jak ustaliła Izba – w toku rozprawy i na podstawie oświadczeń złożonych w proteście- wykonawca potwierdził niezgodność wzoru wyrobu spodni i kurtki załączonych do oferty ze specyfikacjami technicznymi, wskazując jednocześnie że ewentualne różnice i odchylenia wymiarów wzoru od parametrów określonych specyfikacjami technicznymi są nieistotne. Zdaniem wykonawcy zgodność tych wymiarów z wymaganiami zamawiającego należy oceniać tylko na podstawie załączonych do oferty zakładowych dokumentacji techniczno-technologicznych opracowanych na podstawie specyfikacji technicznych zamawiającego. Skład orzekający Izby uznał, iż odstępstwo przez wykonawcę we wzorach wyrobów od parametrów wymaganych specyfikacją techniczną nie może być usprawiedliwione twierdzeniami, iż są to drobne odchylenia wzoru od parametrów technicznych. Granice takich odstępstw zostały wyznaczone w specyfikacjach technicznych i nie mogły być przez wykonawcę swobodnie zmienione. Takie odstępstwa powodują niezgodność oferty z treścią specyfikacji w zakresie przedmiotu zamówienia a tym samym taka oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 PZP. Skład orzekający Izby ponownie zwraca uwagę, iż wykonawcy po złożeniu oferty nie mogą domagać się dokonywania oceny oferty według ich żądań. W tym przypadku wykonawca załączył do oferty nie wymagany postanowieniami specyfikacji dokument [zakładowy dokument techniczno-technologiczny], zatem zastosowanie przez zamawiającego żądanej metodologii naruszałoby przepisy Prawa zamówień publicznych. Izba także ponownie podkreśla, iż ubiegający się o zamówienie powinni korzystać z procedury wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonej w art. 38 ustawy Pzp przed złożeniem oferty, bądź w uzasadnionych przypadkach wnosić środki ochrony prawnej dopuszczone ustawą, w tych przypadkach gdy treść specyfikacji może w konsekwencji powodować po złożeniu oferty naruszenie interesu prawnego wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy. Późniejsze żądanie przez wykonawcę po złożeniu oferty zastosowania określonej metodologii oceny jego oferty nie może być uwzględnione przez zamawiającego, albowiem w konsekwencji prowadziłoby to – jak wskazano powyżej – do

naruszenia przez zamawiającego m.in. zasady równego traktowania wykonawców, o której stanowi wskazany przepis art. 7 ust.1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1, oraz art. 93 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, i z tych też względów orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy i ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty po 1800 zł, jako uzasadnione koszty postępowania - § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....