

Sygn. akt: KIO/UZP 978/10

WYROK
z dnia 8 czerwca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marka Dewódzkiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministra Obrony Narodowej w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26a, 00-911 Warszawa** protestu z dnia 30 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Marka Dewódzkiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Marka Dewódzkiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Marka Dewódzkiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów.**

Uzasadnienie

Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26a, 00-911 Warszawa, zwany dalej „Zamawiającym”, wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego – obuwie (4 części zamówienia)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2010 r. 2010/S 20-028120.

Zamawiający, pismem z dnia 22 kwietnia 2010r., doręczonym w dniu 22 kwietnia 2010 r. poinformował wykonawcę Marka Dewódzkiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej w części 4 zamówienia (dostawa trzewików górskich) oferty złożonej przez Spółdzielnię Pracy WYROBÓW SKÓRZANYCH im. J. Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia, zwanego dalej „Przystępującym”.

Odwołujący w dniu 30 kwietnia 2010 r. wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie na innych kryteriów oceny ofert niż opisane w SIWZ, na uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 w związku z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oraz wybór oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ, pomimo obowiązku odrzucenia takiej oferty, a także naruszenie art. 7 ust. 1 z zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez

przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż opisane w SIWZ:

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty Przystępującego z powodu niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia;
- 3) powtórzenie czynności badania ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, co następuje:

1.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 w związku z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oraz wybór oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ, pomimo obowiązku odrzucenia takiej oferty Odwołujący podnosił, że w rozdziale VI punkt 4 podpunkt 3, w celu potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawców dostawy trzewików górskich (część zamówienia nr 4) odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Warunkach Techniczno-Użytkowych (WTU) zawartych w załączniku nr 7 do SIWZ, Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą próbki zamawianego wyrobu, to jest dwóch par trzewików górskich w rozmiarze metrycznym 27.

Po dokonanych w Wojskowym Ośrodku Badawczo-Wdrożeniowym Służby Mundurowej w Łodzi oględzinach trzewików górskich zaoferowanych przez Przystępującego Odwołujący stwierdził, że nie spełniają one wymagań opisanych w Warunkach Techniczno - Użytkowych (załącznik nr 7 do SIWZ). Podnosił, że podczas oględzin stwierdził organoleptycznie następujące niezgodności:

- 1) zgodnie z punktem 2.2 WTU trzewiki powinny być odporne na przemakanie w czasie nie krótszym niż 180 minut (zgodnie z normą - PN-O-91123:1990), zaś obuwie zaoferowane przez Przystępującego nie spełnia tego wymogu,
- 2) Zgodnie z punktem 2.13 WTU trzewiki powinny być antyelektrostatyczne, zaś obuwie zaoferowane przez Przystępującego nie posiada takich właściwości,
- 3) Zgodnie z punktem 6.5 WTU trzewiki powinny posiadać dwie pary wymiennych wyściółek (wkładek) o anatomicznym kształcie, charakteryzujące się właściwą izolacyjnością, odpornością na ścieranie, w tym jedne siatkowe z PVDC. Jedna z załączonych do wzoru

trzewika górskiego zaoferowanego przez Przystępującego wyściółek jest niezgodna z w/w zapisami WTU, gdyż wykonana jest z połączenia „wypraski” PU z siatką PVDC, a nie jak wymagał Zamawiający tylko z siatki PVDC, na dowód czego załączył zdjęcie.

Ponadto Odwołujący zwracał również uwagę, że wątpliwym jest aby trzewiki zaoferowane przez Przystępującego spełniały pozostałe wymagania WTU nie wymienione wyżej, ponieważ wykazane niezgodności wynikają z braku wiedzy technologicznej i konstrukcyjnej tego wykonawcy oraz z braku doświadczenia w produkcji obuwia z membraną paroprzepuszczalną.

2.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż opisane w SIWZ Odwołujący podnosił, powołując się na treść otrzymanego przez Zamawiającego pisma Wojskowego Ośrodka Badawczo-Wdrożeniowego Służby Mundurowej z dn. 21.04.2010 r. pod tytułem cyt.: „Ocena trzewików górskich...”, iż Zamawiający nie dochował staranności przy badaniu i ocenie próbek. Podkreślał, że Zamawiający w SIWZ jednoznacznie stwierdził, że wymaga aby trzewiki były zgodne z warunkami zawartymi w WTU, zaś z treści w/w pisma wynika, że Zamawiający wybrał tylko niektóre punkty z WTU i dokonał sprawdzenia zgodności próbek tylko z tymi punktami. Wywodził, że Zamawiający nie zbadał takich wymagań jak np. wymagania dotyczące trwałości i odporności całkowitej na działanie czynników środowiskowych, wymagań dotyczących eksploatacji i wygody, bezpieczeństwa zastosowanych materiałów. Analizując powyższe Protestujący uznał, że Zamawiający dokonał oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nieprawidłowy. Odwołujący podkreślał, że postanowienia SIWZ mają charakter wiążący, zatem wszystkie oferty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą spełniać parametry określone w SIWZ. Wywodził, że przyjęcie wymogów innych niż w specyfikacji w trakcie badania i oceny ofert jest naruszeniem podstawowej zasady równego traktowania wykonawców. Prowadzi to, jego zdaniem, do sytuacji, w której wykonawca, którego oferta nie spełnia wymogów SIWZ, mógłby zostać wybrany ze względu na późniejszą zmianę niektórych wymagań Zamawiającego. Takie postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne w sposób oczywisty z przytoczoną zasadą równego traktowania wykonawców. Ponadto takie działanie należałoby zakwalifikować jako bezprawne, gdyż Zamawiający może zmodyfikować treść specyfikacji jedynie przed terminem składania ofert.

Zamawiający doręczył rozstrzygnięcie protestu Odwołującemu w dniu 13 maja 2010 roku. Uzasadniając oddalenie protestu w całości Zamawiający podnosił, że sposób formułowania zarzutów przez Odwołującego wskazuje, iż zarzuty te oparte są na subiektywnej ocenie powstałej w wyniku wglądu do złożonych ofert i dokonaniu pobieżnej, organoleptycznej oceny próbek obuwia. Podkreślał, że trudno jest ocenić przemakalność obuwia, czy też jego antyelektrostatyczność poprzez ocenę organoleptyczną, zaś Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że podniesione zarzuty są zasadne.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że załączone przez Przystępującego do próbek wkładki (wyściółki) do trzewików nie spełniają wymogów opisanych w WTU Zamawiający podkreślał, że z oceny biegłego z Wojskowego Ośrodka Badawczo-Wdrożeniowego Służby Mundurowej oraz wyjaśnień Przystępującego z dnia 13 kwietnia 2010 r. wynika, że załączone wyściółki są zgodne z wymogami WTU. Argumentował także, że na potwierdzenie tego faktu Przystępujący załączył do ww. pisma deklarację zgodności z WTU, wystawioną przez producenta wyściółek siatkowych PVDC.

Podkreślał również, że zgodnie z zapisami WTU tylko jedna para wyściółek miała być siatkowa, wykonana z PVDC.

Zamawiający nie uznał również zasadności zarzutu podniesionego przez Odwołującego, iż postępowanie prowadzone było w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany na podstawie innych kryteriów niż opisane w SIWZ.

Podkreślał, że wszystkie próbki trzewików górskich załączone do złożonych w postępowaniu ofert zostały poddane ocenie przez Zamawiającego w takim samym zakresie. Ocena trzewików górskich polegała na sprawdzeniu wyglądu zewnętrznego obuwia oraz elementów wewnętrznych (badanie niszczące — pocięcie po jednym bucie z każdej pary (próbki) i porównaniu z WTU wg punktów wymienionych w Ocenie.

Zwracał uwagę, że wszystkie wymagane w WTU badania przedmiotu zamówienia zobowiązany będzie wykonać wykonawca z którym podpisana zostanie umowa. Wykonawca ten będzie zobowiązany udostępnić wyniki badań zastosowanych materiałów, wyrobów gotowych w pełnym zakresie badań określonym w dokumentacji, z laboratorium akredytowanego lub spełniającego wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025 - dla pozostałych partii wyniki badań z laboratorium dostępnego dla wykonawcy.

Podkreślał, że zamawiający w załączniku Nr 5 do SIWZ, tj. w umowie (w § 7 ust. 2) określił, iż takie wyniki badań będą wymagane dopiero na etapie odbioru wojskowego pierwszej partii dostawy przedmiotu zamówienia

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 20 maja 2010 r. (data nadania przesyłki w placówce operatora publicznego do UZP w dniu 20 maja 2010 r.; wpływ kopii odwołania do Zamawiającego w dniu 20 maja 2010r.) podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Dodatkowo podnosił, że brak dowodów na potwierdzenie, iż próbka trzewika dostarczona przez Przystępującego nie spełnia wymogu dotyczącego antyelektrostatyczności, wynika z faktu, że podczas dokonywania przez odwołującego oględzin próbek przedstawiciel Zamawiającego (Pan dyr. Krzysztof J.) nie wyraził zgody na wykonanie przez Odwołującego badania antyelektrostatyczności w tym trzewiku, podczas gdy Odwołujący miał ze sobą urządzenie do wykonania tego badania.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego dotyczącego nie przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że wyściółki (wkładki) w próbkach dostarczonych przez Przystępującego są niezgodne z SIWZ podnosił, iż niezgodność tę można stwierdzić organoleptycznie albowiem wbrew postanowieniom SIWZ wyściółka jest dwuczęściowa, na potwierdzenie czego załączył do odwołania zdjęcie wyściółki.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego dotyczącego nie przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że próbki dostarczone przez Przystępującego nie spełniają wymogu dotyczącego wodoodporności podnosił, iż po raz kolejny dokonał oględzin trzewików w asyście Rzecznawcy Polskiej Izby Przemysłu Skórzanego, specjalisty z zakresu obuwnictwa - Pani Izabeli P. W jego ocenie opinia rzeczoznawcy z oględzin trzewików górskich potwierdza wszystkie trzy zgłaszane przez Odwołującego niezgodności.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego, protest, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

Zgodnie z pkt VI. 4. 3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców dostawy trzewików górskich (część 4 zamówienia) odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Warunkach Techniczno – Użytkowych (WTU) zawartych w załączniku nr 7 do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą próbkę zamawiającego wyrobu tj. dwie pary trzewików górskich w rozmiarze

metrycznym 27. Ponadto Zamawiający zastrzegł, że jedna para trzewików górskich zostanie przekazana do Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej, gdzie zostanie poddana badaniom w zakresie zgodności jej wykonania z Warunkami Techniczno – Użytkowymi w wyniku czego ulegnie zniszczeniu.

W Warunkach Techniczno – Użytkowych Zamawiający zastrzegł m.in.

- W pkt 2.2. - trzewiki poddane badaniu przemakalności wg pkt 3 PN-O 91123:1990 Obuwie – Wyznaczanie przemakalności, nie powinny przemakać w czasie krótszym niż 180 minut;
- w pkt 2.13 – obuwie powinno być antyelektrostatyczne – rezystancja elektryczna powinna być większa niż 100 k Ω i mniejsza lub równa 100 M Ω wg PN-EN ISO 20344:2007 p.5.10.3.3.a, po klimatyzowaniu w warunkach suchych i mokrych,
- w pkt 6.5 – trzewiki powinny posiadać dwie pary wymiennych wyściółek (wkładek) o anatomicznym kształcie charakteryzujące się właściwą izolacyjnością, odpornością na ścieranie, w tym jedne siatkowe z PVDC.

W § 7 ust. 12 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ Zamawiający przewidział, iż w czasie odbioru wojskowego pierwszej partii dostawy przedmiotu zamówienia i na każde żądanie Przedstawiciela 74 RPW (QAR) wykonawca jest zobowiązany udostępnić m.in.

- inne dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań określonych w stosownych normach,
- wyniki badań zastosowanych materiałów, wyrobów gotowych w pełnym zakresie badań określonym w WDTT z laboratorium akredytowanego lub spełniającego wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025 – dla pozostałych partii wyniki badań z laboratorium dostępnego dla wykonawcy.

Wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu, w tym Przystępujący, złożyli wraz z ofertą po dwie pary trzewików górskich w rozmiarze 27.

Zamawiający przekazał próbki trzewików górskich załączonych do ofert wykonawców uczestniczących w postępowaniu do Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej, który dokonał oceny trzewików górskich poprzez sprawdzenie wyglądu zewnętrznego obuwia oraz elementów wewnętrznych (badania niszczące/pocięcie jednego buta z pary trzewików) i porównanie z Wymaganiami Techniczno – Użytkowymi na trzewiki górskie wg punktów: 1, 3.1), 3.2), 3.3), 3.4), 3.5), 3.6), 3.7), 5.1), 5.2), 5.3), 5.4), 5.5), 5.8) i 6.4) – z wyłączeniem określenia składu surowcowego spodów, 5.6), 5.7), 6.1), 6.2), 6.5) – z

wyłączeniem określenia składu surowcowego wyściółek, 6.6), 6.7), 6.8), 7.1), 7.2), 7.3), 7.4), 8.1), 8.2), 8.3)a), 8.3)c), 8.3)d).

Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej po przeprowadzeniu badań próbki złożonej wraz z ofertą przez Przystępującego stwierdził, że trzewiki górskie dostarczone przez Przystępującego spełniają wymagania określone w Warunkach Techniczno – Użytkowych według ww. punktów WTU.

Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej nie przeprowadza badań w pozostałym zakresie określonym w Warunkach Techniczno – Użytkowych. Badanie trzewików w zakresie zgodności z pkt 2.2, 2.13, 6.5 Warunków Techniczno – Użytkowych jest niemożliwe w sposób organoleptyczny, gdyż wymaga dostarczenia wyników badań laboratoryjnych oraz specyfikacji technicznych zastosowanych materiałów zasadniczych i dodatków:

- przemakanie obuwia – badania laboratoryjne wg p.3 PN-O 91123:1990 Obuwie – wyznaczanie przemakalności,
- antyelektrostatyczność – badania laboratoryjne wg p.5.10.3.3. PN-EN ISO 20344;2007 – Środki ochrony indywidualnej – Metody badania obuwia,
- materiał wyściółki siatkowej – specyfikacje materiałowo – techniczne.

Zgodnie z normą PN-EN ISO 20344;2007 – Środki ochrony indywidualnej – Metody badania obuwia - badanie elektrostatyczności wymaga dostarczenia trzech par obuwia w trzech różnych rozmiarach, a także poddaniu ich klimatyzacji.

Zgodnie z normą PN-O 91123:1990 Obuwie – wyznaczanie przemakalności – badanie wodoodporności dotyczy wyłącznie dostarczonej pary obuwia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania w dniu 27 stycznia 2010 roku Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny po wejściu w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U.

Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 5 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący jako podmiot, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, legitymuje się interesem prawnym o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut Odwołującego, iż Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż opisane w SIWZ, czym naruszył normę prawną wyrażoną w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący uzasadniając ww. zarzut podnosił, że Zamawiający zgodnie z postanowieniami pkt VI. 4. 3 SIWZ miał obowiązek zbadać zgodność wykonania dostarczonych próbek - trzewików górskich ze wszystkimi postanowieniami Warunków Techniczno – Użytkowych, zaś badanie wykonane na zlecenie Zamawiającego przez Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej dotyczyło tylko zgodności z pkt 1, 3.1), 3.2), 3.3), 3.4), 3.5), 3.6), 3.7), 5.1), 5.2), 5.3), 5.4), 5.5), 5.8) i 6.4) – z wyłączeniem określenia składu surowcowego spodów, 5.6), 5.7), 6.1), 6.2), 6.5) – z wyłączeniem określenia składu surowcowego wyściółek, 6.6), 6.7), 6.8), 7.1), 7.2), 7.3), 7.4), 8.1), 8.2), 8.3)a), 8.3)c), 8.3)d). Zamawiający zaś, powołując się § 7 ust. 12 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ podnosił, że wszystkie wymagane w Warunkach Techniczno - Użytkowych badania przedmiotu zamówienia zobowiązany będzie wykonać wykonawca z którym podpisana zostanie umowa. Podkreślał, że zgodnie z powołanym postanowieniem wzoru umowy, wykonawca ten będzie zobowiązany udostępnić wyniki badań zastosowanych materiałów, wyrobów gotowych w pełnym zakresie badań określonym w dokumentacji, z laboratorium akredytowanego lub spełniającego wymagania normy PN-EN 15087 - dla pozostałych partii wyniki badań z laboratorium dostępnego dla wykonawcy.

Izba ustaliła, że rzeczywiście badanie przeprowadzone w Wojskowym Ośrodku Badawczo Wdrożeniowym Służby Mundurowej dotyczyło tylko punktów wskazywanych przez Odwołującego. Fakt ten znalazł potwierdzenie w piśmie tego Ośrodka z dnia 24 marca 2010 r. skierowanym do Zamawiającego, znajdującym się w aktach sprawy, a ponadto

okoliczności tej nie przeczył Zamawiający. W tej sytuacji przedmiotem rozważań Izby było, czy fakt zbadania próbek w ograniczonym zakresie uzasadnia zarzut stawiany przez Odwołującego, że Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż opisane w SIWZ. Na tak postawione pytanie, w ocenie Izby, należało udzielić odpowiedzi negatywnej.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający zastrzegł wprawdzie w pkt VI. 4. 3 SIWZ, że *„jedna para trzewików górskich zostanie przekazana do Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej, gdzie zostanie poddana badaniom w zakresie zgodności jej wykonania z Warunkami Techniczno – Użytkowymi”*, co mogłoby sugerować, że rzeczywiście intencją Zamawiającego było przeprowadzenie badania próbek co do zgodności z wszystkimi parametrami określonymi w WTU. Jednakże postanowienia tego nie można rozpatrywać w oderwaniu od pozostałych postanowień SIWZ, z których jednoznacznie wynika, że wszystkie wymagane w WTU badania przedmiotu zamówienia zobowiązany będzie wykonać dopiero wykonawca z którym podpisana zostanie umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Wniosek taki można wyprowadzić w szczególności z § 7 ust. 12 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ w którym Zamawiający zastrzegł, *iż w czasie odbioru wojskowego pierwszej partii dostawy przedmiotu zamówienia i na każde żądanie Przedstawiciela 74 RPW (QAR) wykonawca jest zobowiązany udostępnić m.in.*

- *inne dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań określonych w stosownych normach,*
- *wyniki badań zastosowanych materiałów, wyrobów gotowych w pełnym zakresie badań określonym w WDTT z laboratorium akredytowanego lub spełniającego wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025 – dla pozostałych partii wyniki badań z laboratorium dostępnego dla wykonawcy.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 9 Warunków Techniczno – Użytkowych zastrzegł, że ocenę zgodności wyrobów z Warunkami Techniczno – Użytkowymi należy prowadzić według zasad określonych w ustawie z 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 235, poz. 1700 z późn. zm.) oraz zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 6 kwietnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. Nr 78, poz. 528 z późn. zm.), zaś zgodnie z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ww. ustawy w celu wykazania, że wyrób spełnia wymagania określone w specyfikacji technicznej dostawca dokonuje analizy specyfikacji technicznej oraz potwierdza dokonanie co najmniej jednej czynności tj. 1) kontroli wyrobu w toku produkcji, 2) kontroli i badań końcowych wyrobu albo 3) kontroli procesu wytwarzania wyrobu zgodnie ze specyfikacją techniczną.

W ocenie Izby powołane postanowienie wzoru umowy oraz Warunków Techniczno – Użytkowych jednoznacznie wskazuje, że pełen zakres badań dostarczonego obuwia w zakresie zgodności z Warunkami Techniczno – Użytkowymi zostanie przeprowadzony dopiero na etapie produkcji oraz odbioru wojskowego partii obuwia dostarczonej przez wykonawcę z którym podpisana zostanie umowa.

Ponadto Izba ustaliła, że Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej, który zgodnie z SIWZ miał zbadać zgodność dostarczonych próbek obuwia z parametrami określonymi w WTU nie wykonuje badań próbek w pozostałym zakresie, gdyż wymagałoby to uprzedniego dostarczenia przez producenta obuwia wyników badań laboratoryjnych oraz specyfikacji technicznych zastosowanych materiałów zasadniczych i dodatków, zaś tych dokumentów Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie żądał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a jedynie na etapie realizacji umowy – od wykonawcy z którym zostanie podpisana umowa (powołany wyżej § 7 ust. 12 wzoru umowy). Fakt ten, w ocenie Izby, był znany firmom zajmującym się profesjonalnie dostawą obuwia dla Zamawiającego, w tym Odwołującemu. Okoliczność tę podniósł na rozprawie Zamawiający, czemu nie zaprzeczył Odwołujący. Ponadto Izba ustaliła, że certyfikat akredytacji nr AB 198 wydany przez Polskie Centrum Akredytacji dla Laboratorium Badań Wyrobów Włókienniczych i Skórzanych Wojskowego Ośrodka Badawczo-Wdrożeniowego nie obejmuje m.in. badania zgodności dostarczonych próbek z normą PN-O 91123:1990 Obuwie – wyznaczenie przemakalności ani normą PN-EN ISO 20344:2007 – Środki ochrony indywidualnej – Metody badania obuwia (za stroną internetową <http://www.pca.gov.pl/zakresy/AB/AB%20198.pdf>). W tej sytuacji Odwołujący, w ocenie Izby, musiał mieć świadomość, że badanie dostarczonych próbek przez Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej w pełnym zakresie jest niemożliwe i że zostanie przez Zamawiającego ograniczone do sprawdzenia wyglądu zewnętrznego obuwia oraz elementów wewnętrznych (badania niszczące/pocięcie jednego buta z pary trzewików), tj. tych parametrów, których sprawdzenie jest możliwe organoleptycznie. Ponadto, o tym, że Odwołujący musiał mieć tę świadomość świadczy również fakt, że przeprowadzenie niektórych badań jest niemożliwe w oparciu o jedną próbkę obuwia. Przykładowo, zgodnie z normą PN-EN ISO 20344:2007 – Środki ochrony indywidualnej – Metody badania obuwia - badanie elektrostatyczności wymaga dostarczenia trzech par obuwia w trzech różnych rozmiarach, a także poddaniu ich klimatyzacji, zaś Zamawiający zgodnie z pkt VI. 4. 3 SIWZ wymagał dostarczenia jedynie dwóch par próbek obuwia, z czego tylko jedna była przeznaczona do przeprowadzenia badań. Okoliczność tę podniósł na rozprawie Zamawiający, czemu nie zaprzeczył Odwołujący.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 w związku z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodził, że trzewiki górskie zaoferowane przez Przystępującego nie spełniają wymagań opisanych przez Zamawiającego w Warunkach Techniczno - Użytkowych (załącznik nr 7 do SIWZ):

- 1) w pkt 2.2 WTU, gdyż nie spełniają wymogu co do odporności na przemakanie w czasie nie krótszym niż 180 minut (zgodnie z normą - PN-O-91123:1990),
- 2) w pkt 2.13 WTU, gdyż nie spełniają wymogu co do antyelektrostatyczności, rezystancja elektryczna powinna być większa niż 100 kΩ i mniejsza lub równa 100 MΩ wg PN-EN ISO 20344:2007 p.5.10.3.3.a, po klimatyzowaniu w warunkach suchych i mokrych
- 3) w pkt 6.5 WTU, gdyż jedna z załączonych do wzoru trzewika górskiego zaoferowanego przez Przystępującego wyściółek jest wykonana jest z połączenia „wypraski” PU z siatką PVDC, a nie jak wymagał Zamawiający tylko z siatki PVDC.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że ciężar przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że trzewiki górskie zaoferowane przez Przystępującego nie spełniają kwestionowanych wymagań opisanych w Warunkach Techniczno - Użytkowych spoczywa w niniejszej sprawie na Odwołującym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 188 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie Izba stwierdziła, że Zamawiający precyzyjnie określił w SIWZ w jaki sposób mają być badane parametry dotyczące wodoodporności i antyelektrostatyczności, a więc odpowiednio: zgodnie z normą - PN-O-91123:1990 oraz normą PN-EN ISO 20344:2007 p.5.10.3.3.a, po klimatyzowaniu w warunkach suchych i mokrych, czego Odwołujący nie kwestionował na etapie postępowania. W świetle powyższego wykazanie, iż próbka trzewików górskich załączona do oferty Przystępującego nie spełnia ww. parametrów wymagałoby przeprowadzenia przez Odwołującego dowodu przeciwnego w postaci wyników badań laboratoryjnych wykonanych zgodnie z powołanymi wyżej normami.

Zarzut, iż próbka trzewików górskich zaoferowana przez Przystępującego nie spełnia powołanych wyżej wymagań SIWZ Odwołujący oparł na ocenie z 19 maja 2010 r. Rzecznawcy Polskiej Izby Przemysłu Skórzanego, specjalisty z zakresu obuwnictwa - Pani Izabeli P. W ocenie Izby ww. dokument jest niewystarczający do zaprzeczenia oświadczeniu Przystępującego, że próbki trzewików górskich spełniają kwestionowane parametry.

Jak wynika z treści oceny z dnia 19 maja 2010r., rzeczoznawca - Izabela Pastuszko stwierdziła organoleptycznie złą konstrukcję cholewki, z czego wywodziła, że obuwie nie będzie spełniać parametru odporności na przemakanie. Z treści oceny wynika

jednoznacznie, że rzeczoznawca nie przeprowadziła w ogóle badania parametru wodoodporności, a swą opinię co do niespełniania parametru wywodziła z oględzin części obuwia tj. cholewki. Tymczasem Zamawiający w pkt 2.2 WTU zastrzegł, iż parametr ten będzie badany zgodnie z normą - PN-O-91123:1990. Wobec powyższego Izba odmówiła wiarygodności opinii rzeczoznawcy w tym zakresie, gdyż rzeczoznawca pomimo istnienia takiej możliwości nie dokonała oceny próbek złożonych przez Przystępującego zgodnie z wymaganiami określonymi w ww. polskiej normie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności co do parametru antyelektrostatyczności Izba stwierdziła, że swoją ocenę rzeczoznawca - Izabela P. oparła na pomiarze antyelektrostatyczności na urządzeniu SONEL MIC-1000 jednej pary trzewików, co wynika wprost w treści pisma z dnia 19.05.2010r. Tymczasem Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że badanie tego parametru odbywać się będzie zgodnie z normą PN-EN ISO 20344:2007 – Środki ochrony indywidualnej – Metody badania obuwia. Jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, badanie elektrostatyczności zgodnie z ww. normą wymaga dostarczenia trzech par obuwia w trzech różnych rozmiarach, a także poddaniu ich klimatyzacji. Tymczasem rzeczoznawca dysponowała w trakcie badania zaledwie jedną parą próbek, a ponadto z treści oceny nie wynika, iż poddała próbkę klimatyzacji. W świetle powyższego Izba odmówiła wiarygodności opinii rzeczoznawcy również co do badania antyelektrostatyczności, albowiem Odwołujący nie dokonał oceny próbek złożonych przez Przystępującego zgodnie z wymaganiami określonymi w ww. polskiej normie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności próbki obuwia co do parametru składu surowcowego wyściółki określonego w pkt 6.5 WTU Izba ustaliła, że Odwołujący swój zarzut oparł na ocenie rzeczoznawcy - Izabeli Pastuszko, która przeprowadziła organoleptycznie badanie składu surowcowego wyściółki stwierdzając, iż wkładka została wykonana z dwóch rodzajów materiałów tj. materiału litego i siatki PVDC, a nie jak wymagał Zamawiający – wyłącznie z siatki PVDC. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu argumentował natomiast, że Przystępujący w piśmie z dnia 13 kwietnia 2010 r. oświadczył, że dostarczona wyściółka siatkowa z PVDC spełnia wszystkie wymagania Warunków Techniczno – Użytkowych, określone w pkt 6 ppkt 5 WTU. Ponadto zwracał uwagę, że na potwierdzenie swego oświadczenia Przystępujący złożył deklarację zgodności wystawioną przez producenta wkładek siatkowych PVDC – firmę P.P.H.U. TUZO s.c. w Słupsku z 1.03.2010r., w której producent zadeklarował, że wyściółki siatkowe z PVDC spełniają wymagania normy europejskiej EN-ISO 20347:2004 „Środki ochrony indywidualnej – obuwie zawodowe”, zaś badanie wyściółki siatkowej z PVDC zostało wykonane wg EN ISO 20344:2004 pkt 6.12. Zamawiający oświadczył ponadto na rozprawie, iż zbadanie parametru

próbek dotyczącego składu materiałowego wyściółek organoleptycznie jest niemożliwe, gdyż wymaga badań dotyczących materiałów użytych do produkcji wkładek lub specyfikacji technicznej producenta.

Oceniając przedstawione przez Strony dowody, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do odmówienia wiarygodności deklaracji zgodności wystawionej przez producenta wkładek siatkowych z PVDC – firmy P.P.H.U. TUZO s.c. w Słupsku. Jak wynika z treści deklaracji zgodności wkładek siatkowych PVDC z normą EN-ISO 20347:2004, jej wystawienie zostało poprzedzone stosownym badaniem wg EN ISO 20344:2004 pkt 6.12, natomiast rzeczoznawca Izabela Pastuszko badanie próbki trzewików przeprowadziła organoleptycznie, nie dysponując badaniami materiałów użytych do produkcji wkładek ani specyfikacjami technicznymi producenta tych materiałów. Wobec powyższego Izba odmówiła wiarygodności opinii rzeczoznawcy Izabeli Pastuszko co do niezgodności składu surowcowego wyściółek z postanowieniem pkt 6. 5 Warunków Techniczno-Użytkowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 (t. jedn. 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:

.....

.....