

Sygn. akt: KIO 310/14

**WYROK**

**z dnia 13 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.02.2014 r. przez wykonawcę **PW Krystian sp. z o.o., 28 - 400 Przysucha, ul. Staszica 9A** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko - Kamienna, 26 - 110 Skarżysko - Kamienna, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 51**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Eurosoft Sp. z o.o., Iturri S.A., 43 - 346 Bielsko - Biała, ul. Centralna 6** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Konsorcjum Eurosoft Sp. z o.o., Iturri S.A. do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 w odniesieniu do członka konsorcjum Iturri S.A.**
- 2. kosztami postępowania obciąża PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko - Kamienna, 26 - 110 Skarżysko - Kamienna, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 51 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PW Krystian sp. z o.o., 28 - 400 Przysucha, ul. Staszica 9A** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko - Kamienna, 26 - 110 Skarżysko - Kamienna, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego** na rzecz **PW Krystian sp. z o.o., 28 - 400 Przysucha, ul. Staszica 9A** kwotę **18 600 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą wysokość wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 października 2013 roku pod poz. 2013/S 210-364838. Postępowanie jest prowadzone z podziałem na 3 części.

W dniu 17 lutego 2013 roku odwołujący – PW Krystian Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zniechań zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm w składzie: Eurosoft sp. z o.o. oraz Iturri S.A. („Konsorcjum Eurosoft”) do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;
2. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eurosoft, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Postępowaniu („SIWZ”);
3. art. 87 ust. 1 PZP w zw. z 89 ust. 1 pkt. 2 PZP oraz art. 26 ust. 3 PZP poprzez wezwanie Konsorcjum Eurosoft do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień w zakresie niepodlegającym wyjaśnieniu lub uzupełnieniu;
4. art. 91 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Eurosoft, która powinna zostać uznana za odrzuconą oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu w Postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 PZP poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców’ polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w toku badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania oraz jego uwzględnienie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum Eurosoft jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Eurosoft,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu odwołania, wykazując istnienie interesu do wniesienia odwołania, odwołujący podniósł, że z dokumentów' dołączonych do oferty Konsorcjum Eurosoft wynika, iż spółka ubiega się o udzielenie zamówienia w formule konsorcjum, działając łącznie ze spółką Iturri S.A. Tym samym każda ze spółek wchodzących w skład konsorcjum (tj. Eurosoft sp. z o.o. i Iturri S.A.) powinna samodzielnie złożyć i dołączyć do oferty oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP. Do oferty Eurosoft dołączono jednak wyłącznie oświadczenie spółki Eurosoft sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 1 PZP według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ (str. 46 oferty Konsorcjum Eurosoft). Brak w ofercie Eurosoft oświadczenia w trybie art. 24 ust. 1 PZP dotyczącego partnera konsorcjum tj. spółki Iturri S.A. stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 PZP oraz postanowień pkt. 14.3 SIWZ w zw. z pkt. 10.3 SIWZ, albowiem konsorcjum nie wykazało braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp. Zamawiający naruszył także art. 26 ust. 3 Pzp bowiem zobowiązany był wezwać konsorcjum Eurosoft do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, złożonego przez członka konsorcjum tj. spółkę Iturri S.A.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Eurosoft, której treść nie odpowiada treści siwz, podniósł że certyfikaty zgodności CE - Konsorcjum Eurosoft dołączyło do oferty certyfikaty zgodności CE na gotowe ubrania trudnopalne letnie (str. 134-140 Konsorcjum Eurosoft) dla oferowanego kompletu ubrań ARCTEX 235 oraz na gotowe ubrania trudnopalne zimowe, dla oferowanego kompletu ubrań ARCTEX 235 WINTER (141-147 oferty Konsorcjum Eurosoft). Z wyżej wymienionych dokumentów wynika wprost, iż oferowane komplety ubrań posiadają spodnie „zapinane na zamek z tworzywa sztucznego z metalowym

suwakiem” - str. 139 oferty Konsorcjum Eurosoft dla spodni trudnopalnych letnich oraz str. 147 oferty Konsorcjum Eurosoft dla spodni trudnopalnych zimowych. Dowód: kopia certyfikatów na gotowe ubrania letnie i zimowe, str. 133-148 oferty Konsorcjum Eurosoft. Odwołujący wskazała, że mając na uwadze to, że Zamawiający wymagał wprost aby spodnie, zarówno w komplecie letnim jak i zimowym, posiadały suwak w całości niemetalowy, powyższe jednoznacznie potwierdza, iż oferowane przez Konsorcjum Eurosoft komplety ubrań nie spełniają wymagań określonych w SIWZ. Powyższa rozbieżność ma charakter nieusuwalny, a tym samym oferta Konsorcjum Eurosoft powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP. Dodatkowo, z przedstawionych przez Konsorcjum Eurosoft certyfikatów nie wynika możliwość zastosowania i wyposażenia gotowego ubrania letniego ARCTEX 235 i ubrania zimowego ARCTEX 235 WINTER w taśmę odblaskową (co stanowiło jedno z wymagań Zamawiającego zgodnie z pkt. 2.1 b) powyżej), a certyfikat dla ubrania zimowego ARCTEX 235 WINTER nie wskazuje na możliwość zastosowania podszewki permanentnie trudnopalnej, zgodnie z wymogiem Zamawiającego opisanym w pkt. 2.1 c) powyżej. Zważywszy, że Zamawiający wymagał przedstawienia certyfikatów wystawionych przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normami dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu wskazane powyżej uchybienia jednoznacznie przesądzają, iż oferowane przez Konsorcjum Eurosoft gotowe ubrania tj., odzież trudnopalna letnia: ARCTEX 235 oraz odzież trudnopalna zimowa: ARCTEX 235 WINTER nie spełniają wymagań określonych w SIWZ, a tym samym oferta Konsorcjum Eurosoft powinna podlegać odrzuceniu.

Wskazując na niezgodność tkaniny zasadniczej z wymaganiami siwz – odwołujący podniósł, że typ zaoferowanej przez Eurosoft tkaniny nie spełnia wymaganych parametrów dotyczących gramatury 255+\_20 g/m<sup>2</sup>, wytrzymałości na rozdarcie wątek nie mniej niż 1100 N, osnowa nie mniej niż 1000N. Zgodnie z ofertą Konsorcjum Eurosoft oferowana odzież będzie wykonana z tkaniny firmy IBENA numer katalogowy 8027. Tkanina ta nie spełnia jednak wymagań określonych w SIWZ, bowiem- gramatura tkaniny z włókien Nomex produkcji IBENA 8027 to 220 g/m<sup>2</sup>; a wytrzymałość tkaniny z włókien Nomex produkcji IBENA 8027 na rozdarcia po osnowie jest niższa niż 1000 N. Zaoferowanie przez konsorcjum Eurosoft odzieży wykonanej z tkaniny zasadniczej IBENA 8027 o parametrach niższych niż wymagane przez zamawiającego przesądza o tym, że zaoferowana odzież nie spełnia wymagań określonych w siwz, a tym samym oferta konsorcjum Eurosoft powinna podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wezwanie konsorcjum Eurosoft do złożenia wyjaśnień oraz

uzupełnień w zakresie niepodlegającym wyjaśnieniu lub uzupełnieniu, podniósł, że w toku badania i oceny ofert zamawiający wykrył niezgodność oferty konsorcjum Eurosoft z wymaganiami siwz, które polegały na niezgodności istotnych elementów oferty w zakresie koloru zaoferowanej odzieży oraz wymiarów kieszeni zewnętrznych w kurtce letniej oraz kurtce zimowej. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego odzież miała mieć kolor granatowy a wzór odzieży załączony do oferty konsorcjum Eurosoft miał kolor grafitowy. Wymiar kieszeni zewnętrznych w kurtce letniej i zimowej miał wynosić 13x16 cm, zaś wzór odzieży załączony do oferty konsorcjum Eurosoft zawierał kieszenie o wymiarach 12,5X13,5 cm (kurtka letnia) oraz 13x14 cm (kurtka zimowa). Powyższe przesądza o nieusuwalnej niezgodności treści oferty konsorcjum Eurosoft z treścią siwz.

Odwołujący podniósł, że w toku badania i oceny ofert, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wezwał konsorcjum Eurosoft do wyjaśnienia treści przez złożenie oświadczenia potwierdzającego, że dostarczona odzież letnia i zimowa będzie wykonana w kolorze zgodnym z wymaganiami ST (kolorze granatowym) (pkt. 1, 2, 6 wezwania z dnia 18 grudnia 2013 roku), a także do złożenia próbek tkaniny zgodnej z ST. 3.3. Zamawiający wezwał również Konsorcjum Eurosoft do złożenia oświadczenia, iż kieszenie w odzieży letniej i zimowej będą posiadały wymiary zgodne z wymaganiami ST (pkt. 3 i 7 wezwania z dnia 18 grudnia 2013 roku). 3.4. Odwołujący wskazał, iż powyższe rozbieżności w parametrach odzieży letniej i zimowej zaoferowanej przez Konsorcjum Eurosoft w zakresie koloru tkaniny oraz wymiarów kieszeni odbiegają od wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, a jako istotne elementy oferty tego typu rozbieżności nie mogą zostać wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczeń potwierdzających, że jego produkty będą spełniać wymagania pierwotnie ustalone w siwz stanowi de facto element negocjacji między zamawiającym a konsorcjum Eurosoft, których prowadzenie jest zabronione zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zmiany pierwotnie złożonej oferty. Na poparcie odwołujący powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby przyjąć że wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią oferty Konsorcjum Eurosoft a wymaganiami SIWZ było możliwe w trybie złożenia oświadczenia, to punkt 1, podpunkt 2) tiret 3) na który powołuje się Konsorcjum Eurosoft w odpowiedzi z dnia 20 grudnia 2013 roku, nie dotyczy koloru tkaniny, ale składu tkaniny zasadniczej. Tym samym, Konsorcjum Eurosoft nie potwierdziło, iż oferowana przez wykonawcę odzież będzie miała kolor zgodny z wymaganiami ST oraz nie udzieliło odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, która pozwoliłaby uznać, iż oferowana odzież będzie spełniać wymagania określone w ST

Odwołujący podniósł, że w świetle przedstawionych argumentów oferta Konsorcjum Eurosoft

winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jako niespełniająca wymagań określonych w SIWZ. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, a więc jedyną zgodną z SIWZ i niepodlegającą odrzuceniu pozostaje oferta Odwołującego. Przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Eurosoft oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 PZP

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 PZP przez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w toku badania i oceny ofert, odwołujący podniósł, że zgodnie z dokumentacją postępowania, w toku badania i oceny ofert zamawiający korzystał z pomocy przedstawiciela firmy TENCATE - dla potwierdzenia zgodności z SIWZ zaoferowanej przez odwołującego tkaniny zasadniczej produkcji firmy TENCATE. Analogicznej procedury badania zgodności tkaniny zasadniczej z wymaganiami SIWZ zamawiający nie przeprowadził w stosunku do oferty Konsorcjum Eurosoft. W dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek dokumentów potwierdzających przeprowadzenie badania zgodności tkaniny zasadniczej zastosowanej we wzorach odzieży dołączonej do oferty Konsorcjum z udziałem przedstawiciela producenta tkaniny (w przypadku Konsorcjum Eurosoft producentem tkaniny zasadniczej jest firma IBENA). Angażując przedstawiciela producenta tkaniny zasadniczej (producent TENCATE) wyłącznie do oceny i badania oferty Odwołującego, bez jednoczesnego zaangażowania lub nawiązania korespondencji z producentem tkaniny oferowanej przez Konsorcjum Eurosoft (producent IBENA) Zamawiający zastosował różne standardy dla oceny ofert wykonawców, a tym samym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba uznała za zasadny zarzut polegający na zaniechaniu wezwania konsorcjum Eurosoft sp. z o.o. oraz Iturri S.A. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci oświadczenia z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp o braku podstaw wykluczenia członka konsorcjum - Iturri S.A.. Bezspornym między stronami jest, że na stronie 46 oferty konsorcjum Eurosoft Sp. z o.o. oraz Iturri S.A. załączono oświadczenie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z pieczęcią firmową Eurosoft Sp. z o.o. (w prawnym górnym rogu) i podpisem członka zarządu Eurosoft Sp. z o.o. Antonio Ruper Malpesa o treści: „ (...) oświadczam, że w stosunku do firmy, którą reprezentuję, brak jest podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (...)” Na dole tego oświadczenia zamieszczono pieczęć firmową Iturri S.A. oraz podpis Juana Luis Gonzales Rodriguez - upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji Iturri S.A., zgodnie z pełnomocnictwem zamieszczonym na stronie 8 oferty. Członkowie konsorcjum ustanowili w trybie art. 23 ustawy Pzp pełnomocnikiem konsorcjum spółkę Eurosoft Sp. z o.o. umocowując ją m.in. do podpisania i złożenia w imieniu konsorcjum oferty na realizację zamówienia, składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy w imieniu ww. wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a także uwierzytelnianie dokumentów składanych w postępowaniu i udzielanie wyjaśnień.

W ocenie Izby, z treści oświadczenia zamieszczonego na stronie 46 oferty nie sposób wywieść, że oświadczenie to dotyczy członka konsorcjum Iturri S.A. Treść oświadczenia wskazuje jednoznacznie, że jest ono złożone wyłącznie w imieniu Eurosoft S.A., a nie w imieniu drugiego członka konsorcjum czy też całego konsorcjum. Świadczy o tym sama treść oświadczenia, zgodnie z którą członek zarządu Eurosoft oświadcza, że „w stosunku do firmy, którą reprezentuję brak jest podstaw do wykluczenia”. Dodatkowo na oświadczeniu tym widnieje jedynie nazwa wykonawcy Eurosoft sp. z o.o. Oceny tej nie zmienia fakt umieszczenia na tym dokumencie podpisu wraz z pieczęcią osoby upoważnionej do reprezentacji Iturri S.A. Podpis ten stanowi jedynie poświadczenie przez przedstawiciela Iturri oświadczenia o braku podstaw wykluczenia wykonawcy Eurosoft Sp. z o.o.- członka

konsorcjum. Czynność uwierzytelniania dokumentów i ich tłumaczeń składanych w postępowaniu, jest czynnością do dokonywania której w imieniu Itturi S.A. został umocowany J..... L..... G..... R....., na mocy pełnomocnictwa zamieszczonego na stronie 8 oferty. Z uwagi na literalne brzmienie oświadczenia, nie można także uznać, że oświadczenie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zamieszczone na stronie 46 oferty zostało złożone przez pełnomocnika konsorcjum i dotyczy obu członków konsorcjum.

Wobec powyższego, Izba uznała za konieczne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp konsorcjum Eurosoft sp. z o.o., Iturii S.A. do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do członka konsorcjum Iturri S.A.

Izba uznała, że pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uznanie.

Wymagania określone przez zamawiającego, opisane w Specyfikacji Technicznej Odzieży Roboczej, stanowiącej załącznik nr 1 do siwz, odnoszące się do spodni trudnopalnych letnich, spodni trudnopalnych zimowych oraz kurtki trudnopalnej letniej i kurtki trudnopalnej zimowej nie budzą wątpliwości i nie są sporne między stronami. Zgodnie z pkt 14.16 oraz 14.17 siwz, zamawiający wymagał dołączenia do oferty certyfikatów wystawionych przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normami dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu oraz wzoru deklaracji zgodności na zgodność z normą dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

W specyfikacji technicznej zamawiający wskazał, ich wymaga załączenia do oferty: dla ubrania trudnopalnego letniego: certyfikatu wystawionego przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normą: PN-EN 61482-1-2 klasa 1 oraz deklaracji zgodności dla gotowego ubrania na zgodność z normami: PN-EN 61482-1-2 klasa 1 oraz normą PN-EN 340 (pkt. I pkt. 1 i 2 ST), zaś dla ubrania trudnopalnego zimowego: certyfikatu wystawionego przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normą: PN-EN 61482-1 -2 klasa 1 oraz PN-EN 342 oraz deklaracji zgodności dla gotowego ubrania na zgodność z normami: PN-EN 61482-1-2 klasa 1, PN-EN 340 i PN-EN 342 (pkt. II pkt. 1 i 2 ST).

Celem spełnienia powyższych wymagań konsorcjum Eurosoft załączyło do oferty certyfikaty zgodności CE na gotowe ubrania trudnopalne letnie (strona 134-140 oferty), dla oferowanego kompletu ubrań ARCTEX 235 oraz na gotowe ubrania trudnopalne zimowe – dla kompletu ubrań ARCTEX 235 WINTER (141-147 oferty). Na stronach 139 i 147 certyfikatów dotyczących ubrań letnich i zimowych podano: „zamek z tworzywa sztucznego z metalowym suwakiem, kryty patką”

Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego co do tego, że certyfikaty zgodności CE potwierdzają, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, spełnienie przez oferowane komplety ubrań wymogów stawianych środkom ochrony indywidualnej w zakresie ochrony przed zagrożeniami termicznymi spowodowanymi łukiem elektrycznym. Podkreślić należy, że certyfikaty badań CE odnoszą się do pewnego typoszeregu odzieży, w certyfikatach tych nie podaje się ewentualnych wariantów, które opisane są w raportach z badań, będących podstawą wydania certyfikatów. Na możliwość zastosowania niemetalowego zamka i niemetalowego suwaka w kompletach ubrań ARCTEX 235 WINTER oraz ARCTEX 235 wskazują wprost raporty z badań 2012CO2882 oraz 2013CO2881, załączone przez przystępującego do pisma procesowego. Skoro możliwość ta została przewidziana w samym raporcie z badań, to należy przyjąć, że zastosowanie takiego zamka nie wpłynie na stopień ochrony indywidualnej przed zagrożeniami. Posiadanie zamka niemetalowego dla spodni trudnopalnych letnich i zimowych potwierdzają także złożone zamawiającemu w toku postępowania próbki ubrań.

Izba nie podzieliła także zarzutu odwołującego, że z uwagi na to, iż certyfikaty nie przewidują możliwości zastosowania i wyposażenia gotowego ubrania letniego i zimowego w taśmę odblaskową oraz zastosowania podszewki permanentnie trudnopalnej w ubraniu zimowym, oferta konsorcjum Eurosoft nie spełnia wymagań i winna podlegać odrzuceniu. Okoliczność, że certyfikaty nie wspominają o tych elementach (taśma odblaskowa, podszewka) nie może stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności oferowanych ubrań z wymaganiami siwz. Po pierwsze wskazać należy, że możliwość doposażenia kompletów ubrań w dodatkowe elementy nie wpływające na stopień ochrony indywidualnej przed zagrożeniami, nie musi wynikać z treści certyfikatów. Słusznie wskazał przystępujący, że zgodnie z postanowieniami normy PN EN 61482 -1-2 klasa 1, akcesoria/dodatki „nie powinny mieć negatywnego wpływu na palenie się, topienie i wypalanie dziur”. Niezależnie od tego podnieść należy, z raportu z badań, wynika, że komplety ubrań letnie i zimowe mogą występować z taśmą odblaskową, co do której przystępujący złożył również stosowny certyfikat. W ofercie załączono, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, certyfikat potwierdzający, że zaoferowana taśma spełnia parametry trudnopalności i odblaskowości zgodnie z PN-EN 471 oraz PN-EN 496. Analogicznie, treść raportu z badań wskazuje wprost na podszewkę trudnopalną możliwą do zastosowania w ubraniach zimowych ARCTEX.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zastosowanie w ubraniach zamków niemetalowych, taśm odblaskowych czy podszewki, stanowić będzie zmianę cech materiałowych bądź konstrukcyjnych wyrobu, która zmuszałaby do przeprowadzenia odrębnej certyfikacji wyrobu. Wbrew twierdzeniom odwołującego, okoliczność ta nie wynika z powołanego przez niego jako dowód w sprawie pisma z dnia 11 marca 2014 roku Instytutu

Włókiennictwa. Treść pisma odnosi się do zmiany cech materiałowych, konstrukcyjnych wyrobu, będących następstwem zmiany rodzaju zagrożeń. W piśmie tym wskazano m.in., że: „jeśli następuje zmiana rodzaju zagrożeń, konsekwencją której zmiana cech wyrobu (materiałowych, konstrukcyjnych), wówczas jest to nowy model wyrobu, który powinien posiadać odrębną nazwę w odniesieniu do modelu wyrobu certyfikowanego (...)”. W świetle tego dowód przedłożony przez odwołującego jako nie odnoszący się do kwestii spornych należy uznać za bezprzedmiotowy do rozstrzygnięcia odwołania.

Nieuzasadnione są także zarzuty dotyczące niezgodności z wymaganiami zamawiającego parametrów tkaniny zasadniczej w zakresie: gramatury oraz wytrzymałości na rozdarcie. Niespornym jest, że zgodnie z wymaganiami opisanymi w Specyfikacji Technicznej ubrania trudnopalne letnie i zimowe winny być wykonana z tkaniny odzieżowej trudnopalnej z włókien NOMEX o parametrach: gramatura 255+-20g/m<sup>2</sup> oraz wytrzymałość na rozdarcie wątek nie mniej niż 1100 N, osnowa nie mniej niż 1000N. Konsorcjum Eurosoft zaoferowało odzież wykonaną z tkaniny IBENA numer katalogowy 8027. Kwestionowane przez odwołującego parametry zostały potwierdzone w karcie katalogowej załączonej na stronie 158 i nast., oferty konsorcjum Eurosoft Sp. z o.o. Wskazano, tam na artykuł 8027 IBENA o rodzaju włókna Nomex Comfort, gramaturze 235 g/m<sup>2</sup>, wytrzymałości na rozdarcie osnowa > 1010N. Dodatkowe potwierdzenie spełniania tych parametrów zawarte jest w raporcie z badań, załączonym przez przystępującego. Z przeprowadzonej rozprawy wynika, że na rynku funkcjonują dwie tkaniny o nazwie IBENA i tym samym symbolu 8027, które różnią się m.in., gramaturą i wytrzymałością na rozdarcie. Potwierdzeniem tej okoliczności jest złożone przez przystępującego jako dowód w sprawie oświadczenie z dnia 29.11.2013 roku, w którym IBENA Textilwerke GmbH wskazuje, że spółka produkuje artykuł 8027 w dwóch różnych gramaturach. Karta katalogowa, którą złożył jako dowód w sprawie odwołujący dotyczy innej niż zaoferowana przez przystępującego tkaniny IBENA, choć o tym samym symbolu to jednak o innych właściwościach dotyczących gramatury i wytrzymałości na rozdarcie. Z uwagi na powyższe karta ta stanowi bezprzedmiotowy dowód w sprawie. Rozstrzygające znaczenie co do parametrów zaoferowanej przez przystępującego tkaniny mają raporty z badań przeprowadzone na zlecenie zamawiającego przez Instytut Włókiennictwa. Laboratorium Badań Surowców i Wyrobów Włókienniczych w Łodzi, który potwierdził spełnianie wymagań w zakresie gramatury dla zaoferowanej przez przystępującego kurtki i spodni zimowych oraz kurtki i spodni letnich (sprawozdania z badań nr 7.5, 7.6. 7.7 oraz 7.8/2014/B/A, znajdujące się w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

W świetle powyższego w ocenie Izby, odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił żadnych dowodów, który podważyłyby skutecznie wiarygodność przeprowadzonych przez Instytut Włókiennictwa badań oraz złożonych przez przystępującego kart katalogowych, potwierdzających spełnianie parametrów oferowanej tkaniny zasadniczej.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego odnośnie niespełniania przez oferowaną odzież wymagań w zakresie koloru oraz wymiarów kieszeni. W pkt I. 2.2 oraz I pkt 3 .2 odnośnie ubrań letnich oraz zimowych zamawiający wskazał na „ kolor tkaniny granatowy zbliżony do RAL 5011 odnosząc się do barw z palety RAL Classic, karczki i spody patek-kieszeni kurtki i spodni kolor tkaniny niebieski zbliżony do RAL 5005 odnosząc się do barw z palety Classic”. Kieszenie zewnętrzne górne wpuszczane na piersiach (minimalny rozmiar 13x16 cm) - w kurtce zimowej i letniej.

Po pierwsze wskazać należy, że z uwagi na ogólne sformułowanie co do wymaganego koloru ubrań gama kolorów granatowych zbliżonych do RAL 5011 jest dość duża. Zgodnie z kartą katalogową, zamieszczoną na stronach 159-160 oferty konsorcjum Eurosoft, zaproponowany kolor ubrań letnich i zimowych to „dark blue - ciemno granatowy”, a zatem mieszczący się w gamie kolorystycznej kolorów granatowych zbliżonych do RAL 5011. Przy tak ogólnie i nieprecyzyjnie sformułowanym wymaganiu co do koloru ubrań trudno ocenić czy dany kolor jest odcieniem koloru granatowego czy już kolorem grafitowym. Izba odwołuje się w tym zakresie do ugruntowanego orzecznictwa KIO, zgodnie z którym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych czy nieprecyzyjnych sformułowań, zamieszczonych w siwz. Oceny tego stanu faktycznego, nie zmienia także sama treść zadanego przez zamawiającego w toku oceny ofert pytania, w którym żądał on potwierdzenia wykonania odzieży w kolorze zgodnym ze Specyfikacją Techniczną, stwierdzając, że wzory załączone do oferty wykonane były w kolorze grafitowym. (wezwanie do wyjaśnień z dnia 18 grudnia 2013 roku). Wykonawca, w odpowiedzi z dnia 10 grudnia 2013 roku, potwierdził, że dostarczona odzież będzie koloru zgodnego ze Specyfikacją Techniczną.

Odnośnie wymiarów kieszeni Izba uznała za przekonującą argumentację zaprezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego, że skoro w Specyfikacji Technicznej zamawiający nie podał sposobu pomiaru kieszeni tzn. nie określił jasno czy chodzi o wymiar od wewnętrznej czy zewnętrznej strony ubrania, należy przyjąć, że spełnienie wymagań w zakresie wymiarów kieszeni 13x16 cm wg pomiaru dokonanego wewnątrz ubrania od zewnętrznych krawędzi jest prawidłowe.

Odwołujący nie kwestionował, że kieszonka mierzona od strony wewnętrznej ubrania po jej zewnętrznych krawędziach ma wymiar zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Izba nie dopatrywała się także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w toku procedury o zamówienie publiczne przez poddanie badaniu przez biegłego – przedstawiciela firmy Tencate tkaniny oferowanej przez odwołującego przy braku przeprowadzenia analogicznego badania w odniesieniu do tkaniny zaoferowanej przez przystępującego. Zdaniem Izby, zamawiający w toku badania i oceny ofert, mógł w sposób dowolny podejmować działania, zmierzające do uzyskania potwierdzenia spełniania jego wymagań, poddając ocenie różnych ekspertów zaoferowane tkaniny. Podkreślić należy, że obie tkaniny zostały poddane badaniu przez ten sam Instytut Włókiennictwa w Łodzi, który potwierdził ich właściwości. Odwołujący w toku rozprawy nie wykazał jaki uszczerbek poniósł lub mógł ponieść na skutek działań zamawiającego polegających na przeprowadzeniu badania zaoferowanej przez niego tkaniny przez przedstawiciela Tencate przy braku przeprowadzenia tego badania w odniesieniu do tkaniny konsorcjum Eurosoft przez przedstawicieli Ibeny. Zarzut ten jest tym bardziej niezasadny, że ocena tkaniny przeprowadzona przez przedstawicieli Tencate była dla odwołującego pozytywna.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

**Przewodniczący:** .....