

Sygn. akt: KIO 916/14

WYROK

z dnia 20 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UNIFEQ Europe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3 lok. 20, Ningbo Evergreen Knitting Co., Ltd. w Chinach w Fenghua City No 6 Longjin Road Jinping Street, High-tech Zone oraz Zhejiang Xinjian Textile Inc. Ltd. w Chinach w Shaoxing No 11 Paodu Road** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa- Jednostkę Wojskową nr 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PHPU „IMA” ZPCHR I. S..... - W..... i M. W..... spółka jawna z siedzibą w Limanowej, ul. Tarnowska 40, Zakłady Odzieżowe „WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Gdyni, ul. Spółdzielcza 1 oraz Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Prosta 35** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 916/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UNIFEQ Europe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3 lok. 20, Ningbo Evergreen Knitting Co., Ltd. w Chinach w Fenghua City No 6 Longjin Road Jinping Street, High-tech Zone oraz Zhejiang Xinjian Textile Inc. Ltd. w Chinach w

Shaoxing No 11 Paodu Road (odwołującego), powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa- Jednostkę Wojskową nr 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UNIFEQ Europe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3 lok. 20, Ningbo Evergreen Knitting Co., Ltd. w Chinach w Fenghua City No 6 Longjin Road Jinping Street, High-tech Zone oraz Zhejiang Xinjian Textile Inc. Ltd. w Chinach w Shaoxing No 11 Paodu Road** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa- Jednostki Wojskowej nr 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego UNIFEQ Europe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3 lok. 20, Ningbo Evergreen Knitting Co., Ltd. w Chinach w Fenghua City No 6 Longjin Road Jinping Street, High-tech Zone oraz Zhejiang Xinjian Textile Inc. Ltd. w Chinach w Shaoxing No 11 Paodu Road** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **dla Warszawy – Pragi w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 916/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w latach 2014-2016 (mundury polowe i ćwiczebne) zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2014r. za numerem 2014/S 016-024119.

W dniu 30 kwietnia 2014r. zamawiający poinformował wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PHPU „IMA” ZPCHR I. S..... – W..... i M. W..... Sp. j. ul. Tarnowska 40 34 – 600 Limanowa – Lider Zakłady Odzieżowe „WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów ul. Spółdzielcza 1 85 – 545 Gdynia – Partner Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej ul. Prosta 3521 – 500 Biała Podlaska – Partner oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: UNIFEQ Europe Sp. z o. o. – Lider konsorcjum, ul. Rejtana 3 lok. 20, 02 – 516 Warszawa; Ningbo Evergreen Knitting Co., Ltd. – Członek konsorcjum, No.6, Longjin Road, Jinping Street, High-Tech Zone, Fenghua City, 315500 Chiny; Zhejiang Xinjian Textile Inc., Ltd. – Członek konsorcjum, No.11 Paodu Road, Shaoxing, 212000 Chiny – dalej odwołujący.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia wskazał, że określił w SIWZ, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością. Zamawiający dopuszcza załączenie do oferty certyfikatu wyższego - AQAP 2110, ale zawierający żądany AQAP 2120.

Zamawiający, w załączniku nr 1 do SIWZ, określił wymagania co do przedmiotu zamówienia (kod CPV 35812000-9, który oznacza mundury polowe i ćwiczebne) i wskazał, iż należy wykonać (wyprodukować) na podstawie Wojskowej Dokumentacji Techniczno – Technologicznej. Zgodnie z polityką NATO:

- AQAP 2120 – wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w produkcji.

Odwołujący wraz z ofertą (str. 25) złożyli Certyfikat AQAP 2110:2009 wystawiony dla UNIFEQ ERUROPE Sp. z o.o. potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie: projektowania i dostawy tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym.

Zamawiający zwrócił się do Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania (ZSJZ) w Warszawie o wyjaśnienie wystawionego przez ten zakład certyfikatu AQAP 2120:2009 dla UNIFEQ ERUROPE Sp. z o.o. Czy wymieniony w potwierdzeniu AQAP 2120 (dotyczy produkcji według standardów NATO) stanowi integralny zakres certyfikatu nr 883/A/2013 w którym uwidoczniło jedynie „projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenie o przeznaczeniu specjalistycznym”.

Z wyjaśnienia udzielonego przez ZSJZ wynika, że certyfikat wydany na zgodność z wymaganiami AQAP 2110:2009 spełnia wymagania AQAP 2120 w zakresie: projektowania i dostawy tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym.

W związku z powyższym wymieniony zakres w tym certyfikacie nie odpowiada, wymogom zamawiającego, gdyż nie obejmuje swoim zakresem zapewnienia jakości w produkcji.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pismem nr RTD 600/14/197/10.04.2014 r. z dnia 10.04.2014 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia certyfikatu AQAP 2120 lub 2110 potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie produkcji.

W określonym przez Zamawiającego terminie tj. 16.04.2014 r. Wykonawca nie uzupełnił certyfikatu, tylko złożył wyjaśnienia w zakresie złożonego wraz z ofertą certyfikatu AQAP 2110:2009. Zamawiający po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień nie może uznać załączonego do oferty certyfikatu AQAP 2110:2009 oraz złożonych wyjaśnień na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, dokumenty przedmiotowe, które nie potwierdzają spełnienia warunku przedmiotowego przez wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze zamawiający stwierdził, że oferta podlega odrzuceniu w zakresie zadania nr 1 i 6, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W dniu 8 maja 2014r. na piśmie odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 maja 2014r. udzielonego przez pełnomocnika konsorcjum upoważnionego do udzielania dalszych pełnomocnictw i działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 marca 2014r. udzielonego przez wszystkich członków konsorcjum tj. za Unifeq Europe sp. z o.o. przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS, załączonym do odwołania, za Ningbo Evergreen Kitting Co, Ltd. Przez jego przedstawiciela prawnego, zgodnie z danymi rejestrowymi przedsiębiorstwa, załączonych do odwołania, za Zhejiang Xinjan Textile Inc. Ltdd. Przez jego przedstawiciela prawnego, ujawnionego w danych

rejestrowych przedsiębiorstwa załączonych do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i na biuro podawcze w dniu 8 maja 2014r.

Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo złożenia przez odwołującego oferty o treści odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz spełnienia przez odwołującego wszystkich warunków udziału w postępowaniu, i w konsekwencji
2. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: PHPU „IMA” ZPCHR I. S..... - W..... i M. W..... Sp.j. w Limanowej, Zakłady Odzieżowe „WYBRZEŻE” Spółdzielnia Inwalidów w Gdyni, Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej – dalej przystępujący, na zadanie nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego na zadanie nr 1 z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowane przez odwołującego dostawy nie odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, w zakresie dotyczącym załączenia do oferty certyfikatu AQAP 2120 lub certyfikatu wyższego - AQAP 2110, potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością, w tym zapewnienie jakości w produkcji, pomimo, iż odwołujący załączył do oferty wymagany przez zamawiającego certyfikat AQAP 2110;
2. art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 1, z naruszeniem przepisów ustawy, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1;
2. powtórzenia czynności polegającej na dokonaniu oceny ofert w zakresie zadania nr 1;
3. uznania, że oferowane przez odwołującego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w szczególności, że załączony do oferty certyfikat AQAP 2110:2009, na który powołuje się odwołujący w niniejszym postępowaniu, wydany przez Zakład Systemów Jakości i Zarządzania, potwierdza wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości w produkcji, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a w konsekwencji, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. powtórzenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
5. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 1.

Dodatkowo wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ofertę na zadania nr 1 i 6. Oferta odwołującego, w jego ocenie, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w zakresie zadania nr 1, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone przez zamawiającego w SIWZ, tj.: cena = 90% oraz termin realizacji — 10%.

Odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu dokonania czynności, w wyniku których oferta wybrana powinna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu, jako oferta mniej korzystna od oferty odwołującego. W konsekwencji, pierwsza pod względem kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego, bezprawnie odrzucona, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to, że odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które powinien uzyskać. Szkada jaką odwołujący może ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że załączył do oferty wymagany przez zamawiającego certyfikat AQAP 2110:2009, wydany przez Zakład Systemów Jakości i Zarządzania Wojskowej Akademii Technicznej. Certyfikat obejmuje następujący zakres certyfikacji: „Projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym.“ Po dokonaniu oceny ofert, w dniu 10 kwietnia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy certyfikatu AQAP 2120 lub 2110 potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości obejmującego zakres produkcji.

Jako dowód odwołujący powołał swoją ofertę, protokół z posiedzenia Komisji - ocena ofert, wezwanie zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, przedłożył oświadczenie Kierownika Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania Wydziału Mechanicznego Wojskowej Akademii Technicznej dr inż. W..... P..... z dnia 16 kwietnia 2014 r. (pismo nr 0844/WY/14), potwierdzające, iż załączony do oferty certyfikat AQAP 2110:2009, na który powołuje się w niniejszym postępowaniu, wydany przez Zakład Systemów Jakości i Zarządzania, potwierdza wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości w produkcji, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Jako dowód powołał pismo z 16 kwietnia 2014 r. wraz z oświadczeniem Kierownika ZSJiZ z 16 kwietnia 2014 r.

Wbrew powyższemu, zamawiający uznał, że oferowane przez odwołującego dostawy nie odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W następstwie powyższego,

zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, Czynność ta, zdaniem odwołującego, jest rażąco sprzeczna z przepisami ustawy.

Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego ze względu na uznanie, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, w ocenie odwołującego, całkowicie bezpodstawnie stwierdził, że zakres certyfikatu przedstawionego przez odwołującego nie odpowiada jego wymogom, bowiem nie obejmuje swoim zakresem zapewnienia jakości w produkcji. Stwierdzenie takie jest wprost sprzeczne z literalną treścią zarówno samego certyfikatu - który nie zawiera żadnych wyłączeń - jak również z treścią oświadczenia jednostki, która wystawiła Certyfikat, tj. Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania Wydziału Mechanicznego Wojskowej Akademii Technicznej. Oświadczenie dr inż. W..... P.....działającego w imieniu ZSJZ z dnia 16 kwietnia 2014 r. (pismo nr 0844/WY/14) jednoznacznie potwierdza, iż Certyfikat obejmuje również zapewnienie jakości w produkcji.

Odwołujący podkreślił, iż Zakład Systemów i Jakości Zarządzania jest niezależną, samodzielną jednostką funkcjonującą w ramach Wojskowej Akademii Technicznej. Działalność ZSJZ opiera się, m.in. na ściśle przestrzeganej polityce bezstronności, w świetle której kierownictwo WAT, w tym ZSJZ zarządza konfliktami interesów i zapewnia obiektywność swojej działalności w zakresie certyfikacji systemów zarządzania. W przypadku, gdy konflikt interesów stanowi niedopuszczalne zagrożenie dla bezstronności, ZSJZ nie podejmuje się przeprowadzania procesu certyfikacji.

Certyfikat, na który powołał się Odwołujący w niniejszym postępowaniu został wydany przez Zakład Systemów i Jakości Zarządzania (ZSJZ) w oparciu o ratyfikowane przez Rzeczpospolitą Polską w dniu 4 lipca 2000 roku porozumienie STANAG 4107 standaryzujące wymagania w zakresie norm do systemów zaopatrywania sił zbrojnych państw członkowskich NATO poprzez certyfikację AQAP. Zgodnie z porozumieniem STANAG 4107, certyfikat AQAP 2110 potwierdza spełnienie wymagań NATO w zakresie zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji. Wydanie 8 STANAG 4107 wprowadza m.in. AQAP-y typu kontraktowego, do których zalicza się złożony przez Konsorcjum AQAP 2110:2009. Zatem już samo nadanie ww. certyfikatu i jego symbolika warunkują spełnienie przesłanek objętych symbolem AQAP 2110. Podkreślić należy, iż Certyfikat AQAP 2110:2009 przedstawiony przez odwołującego nie zawiera wyłączeń, ani ograniczeń.

Odwołując się do umowy dostawy na gruncie kodeksu cywilnego odwołujący wskazał, że dostawa obejmuje wytworzenie rzeczy, a więc jej produkcję, zatem stosując wymagania prawne w tym zakresie i analizując zakres certyfikacji określony w certyfikacie AQAP 2110 posiadanym przez UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o., podnoszenie zarzutu wyłączenia produkcji z zakresu certyfikacji (wytwarzania przedmiotu dostawy) nie znajduje jakiegokolwiek

uzasadnienia. Wymagania kontraktowe dotyczące systemu zarządzania jakością określone w Publikacji Standaryzacyjnej AQAP 2110 dają możliwość zlecenia realizacji procesów objętych certyfikacją do podmiotów zewnętrznych przy jednoczesnym określeniu zasad i metodyki nadzorowania takich procesów (outsourcing). Wymagania te, oraz wymagania pozostałych punktów AQAP 2110 zostały spełnione przez UNIFEQ Europę Sp. z o.o. co ma odzwierciedlenie w wydanym certyfikacie.

Odwołujący przypuszcza, że zarzuty zamawiającego dotyczące braku objęcia Certyfikatem zapewnienia jakości w produkcji mają swoje źródło w nieznamomości terminologii i przepisów prawa.

Podkreślił, iż załączony przez UNIFEQ Europę Sp. z o.o. certyfikat AQAP 2110 jest ważny do 1 grudnia 2016 roku.

W konsekwencji odwołujący uważa, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu zgodnie z SIWZ, bowiem wykazał, iż wdrożył system zarządzania jakością. Stawiany zarzut wyłączenia i nie spełniania wymagań w zakresie produkcji przy wdrożonym i certyfikowanym systemie zarządzania jakością zgodnie z wymaganiami AQAP 2110 jest nielogiczny i pozbawiony podstaw merytorycznych.

Zaznaczył, iż w związku z modyfikacją przez zamawiającego w dniu 18 lutego 2014 roku treści SIWZ, Rozdział VI pkt 2, ppkt 2.4 skorzystał, z możliwości załączenia certyfikatu wyższego, tj, AQAP 2110, swoim zakresem obejmującego, poza elementem jakości w produkcji (AQAP 2120), również zapewnienie jakości w projektowaniu i pracach rozwojowych. Tym samym Konsorcjum, poprzez załączenie certyfikatu wyższego jest gwarantem jakości wykonania przedmiotu dostawy na każdym jej etapie.

Zamawiający podniósł, iż nie może uznać załączonego do oferty certyfikatu oraz złożonych wyjaśnień na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, w ogóle nie uzasadniając swego stanowiska w tym zakresie. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 18 lutego 2014 r. sygn. KIO 206/14.

Z wyjaśnień złożonych przez ZSJiZ, według odwołującego jednoznacznie wynika, że certyfikat o numerze 883/A/2013 wydany na zgodność z wymaganiami AQAP 2110:2009 spełnia wymagania AQAP 2120. Nie zaktualizowały się zatem przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Jako dowód powołał pismo ZSJiZ dot. wyjaśnienia treści certyfikatu.

W przedmiotowym postępowaniu, brak jest przesłanki niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący dołączył do oferty certyfikat AQAP 2110:2009, „potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością” (rozdział V, pkt 6, str. 7 SIWZ), a zatem spełnił wymagania przedmiotowe, o których mowa w rozdziale V, pkt 6 SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający, w ocenie odwołującego, rażąco naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem odrzucił ofertę odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr D/01/2014.

2.2) Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej

W zakresie zadania nr 1, niepodlegająca odrzuceniu oferta odwołującego, powinna uzyskać 90 pkt w zakresie kryterium ceny i 3,33 pkt w zakresie kryterium terminu, czyli łącznie 93,33 pkt. Z kolei oferta przystępującego, powinna uzyskać 81,37 pkt w zakresie kryterium ceny i 10 pkt w zakresie kryterium terminu, czyli łącznie 91,37 pkt.

W treści niniejszego odwołania wskazano na istnienie okoliczności skutkujących uznaniem, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto, w świetle treści oferty odwołującego, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ustalone w SIWZ, oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w zakresie zadania nr 1. Oferta przystępującego, jako sklasyfikowana na drugim miejscu, nie mogła zatem zostać uznana za najkorzystniejszą (art. 91 ust. 1 ustawy).

Zamawiający w świetle art. 7 ust. 1 ustawy, ma obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, która powinna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu, zdaniem odwołującego, rażąco narusza ten obowiązek.

Czynność Zamawiającego narusza art. 7 ust. 3 PZP, skoro wykonawca został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy PZP.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący powołał wyrok KIO z 28 października 2013 r. sygn. KIO 2443/13.

Odwołujący odniósł się również do wszystkich przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy wykazując, że wobec jego odwołania nie zachodzą.

W dniu 8 maja 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 maja 2014r. (11 maj 2014r. – niedziela dzień ustawowo wolny od pracy) pisemnie zgłosił swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego przystępujący. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania uniemożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia. Podkreślił, że jego zdaniem czynności zamawiającego były prawidłowe i zamawiający nie dopuścił się zarzucanego mu naruszenia ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 maja 2014r. udzielonego

przez prokurenta samoistnego PHPU „IMA” ZPCHr I. S..... – W..... i M. W..... Spółka jawna, zgodnie z załączonym odpisem z KRS, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 maja 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu spółdzielni i pełnomocnika Zakładów Odzieżowych „WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, ujawnionych w KRS, którego odpis załączono i na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 maja 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu spółdzielni i pełnomocnika Spółdzielni Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu faksem i odwołującemu faksem i w siedzibie pełnomocnika odwołującego w dniu 12 maja 2014r.

W dniu 16 maja 2014r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołującego pozbawione są podstaw prawnych i zostały postawione w sprzeczności ze stanem faktycznym sprawy.

Zamawiający uważa, że poza sporem pozostaje fakt, iż żądał posiadania certyfikatu AQAP 2120 w zakresie produkcji. Powyższe, jego zdaniem, wynika z samego zakresu certyfikacji AQAP 2120 znajdującego odzwierciedlenie w treści certyfikatów. Zostało także potwierdzone wyjaśnieniem zamawiającego z dnia 18 lutego 2014 roku. Na pytanie numer 5 o treści:

(...) czy zgodnie z zapisami w SIWZ zamawiający będzie brał pod uwagę jedynie sam fakt posiadania certyfikatu AQAP 2110, czy będzie badał jego treść, określając zakres w jakim w/w certyfikat jest wydany. Konkretyzując czy zapis w certyfikacie AQAP 2110 o treści:

„projektowanie i dostawa tekstyliów oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalnym” spełnia wymagania NATO w zakresie zapewnienia jakości w produkcji, a tym samym czy faktycznie zawiera w sobie AQAP 2120, dotyczący zapewnienia jakości produkcji.

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Zgodnie z polityką NATO posiadacz certyfikatu AQAP 2110 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji spełnia wymagania:

AQAP 2120 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w produkcji,

AQAP 2130 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli i w badaniach.

AQAP 2131 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości przy kontroli końcowej.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający uzna, że posiadacz certyfikatu AQAP 2110 spełnia wymagania AQAP 2120.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w przedmiocie sprawy.

Powyższe wyjaśnienie, według zamawiającego, należy czytać w ten sposób, że o ile certyfikacja na AQAP 2110 obejmowała proces produkcji, certyfikat ten jako „wyższy” będzie uznany za wystarczający.

Materialnym skutkiem wylegitymowania się przez wykonawców posiadaniem certyfikatu AQAP 2120 lub wyższego (2110), ale obejmującego proces produkcji, powinno być

wyprodukowanie przez tego wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego przedmiotu umowy w przedsiębiorstwie ten AQAP stosującym.

Zamawiający zwrócił uwagę na treść certyfikatu AQAP 2110 numer 883/A/2013 wydanego dla UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o. Zapisano tam: Zakres certyfikacji: Projektowanie i dostawa ekwipunku (...) Pomimo oczywistego brzmienia certyfikatu złożonego przez odwołującego wraz z ofertą podnosi on, że zakres certyfikacji był szerszy. Jako dowód wskazuje pismo Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania przy WAT z dnia 16 kwietnia 2014 roku. Wbrew twierdzeniom odwołującego, z pisma tego nie wynika, że wydany dla UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o. certyfikat AQAP 2110 obejmuje proces produkcji. Zapisano tam wprost, że certyfikat ten obejmuje nadzorowanie jakości w produkcji w ramach procesu realizowanego na zewnątrz (outsourcing). Brak jest oświadczenia, że certyfikat obejmuje procesy produkcji własnej.

Stan faktyczny, według zamawiającego, jest taki, że UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o. nie posiada przedsiębiorstwa produkującego tekstylnia. Nie było zatem żadnej możliwości aby uzyskało jakkolwiek certyfikat na proces produkcji gdyż takowej nie prowadzi. Certyfikaty produkcyjne posiada Konsorcjant UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o., firma NINGBO EVERGREEN z Chin. Nie są to jednak certyfikaty AQAP i nie były załączane do oferty przez odwołującego. Wywód odwołującego oparty na przepisie art. 605 kc należy tu uznać za całkowicie chybiony. Nomenklatura stosowana w certyfikacji międzynarodowej w tym w AQAP nie została oparta o przepisy polskiego prawa cywilnego. Wyrażenia zawarte w treści certyfikatu należy tłumaczyć literalnie. Jeżeli przedmiotem certyfikacji było dostarczanie, należy przez to rozumieć proces polegający na odbieraniu od podmiotu produkującego i stawianiu do dyspozycji podmiotu odbiorcy w sposób i w miejscu opisanym w danym standardzie (tu AQAP 2110) oraz wynikającym z zawartej umowy. W przypadku, gdy certyfikacja obejmowała proces produkcji, znajduje to bezpośrednie odzwierciedlenie w treści certyfikatu.

Wolą zamawiającego było zapewnienie produkcji w otoczeniu certyfikowanym według wymagań systemu jakości AQAP 2120. Skoro z treści certyfikatu złożonego przez odwołującego nie wynika, iżby poddano certyfikacji proces produkcji, nie można uznać tego certyfikatu za wystarczający. W efekcie przyjęcia poglądu odwrotnego, jak to czyni odwołujący, zamawiający uważa, że straciłby jakąkolwiek wiedzę na temat tego, w jakich warunkach będzie odbywała się produkcja. Z formalnego punktu widzenia zamawiający uważa, że skoro żądał, aby to wykonawca posiadał AQAP2120, który dotyczy produkcji wyrobów, zaś odwołujący takiego certyfikatu nie posiada, koniecznym jest stwierdzenie że przedmiot oferty nie odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Z punktu widzenia materialnego także nie jest inaczej. Zdolność do nadzoru przy „outsourcingu” która wynika z odpowiedzi Jednostki Certyfikującej w żadnym stopniu nie wyczerpuje oczekiwania zamawiającego, aby produkcja odbywała się w warunkach zgodnych z AQAP 2120. Sam odwołujący nie jest jednostką certyfikującą ani notyfikowaną do wykonywania czynności oceny zgodności z AQAP. Nie posiadając certyfikatu w zakresie produkcji nie może skutecznie prowadzić nadzoru w tym zakresie. Braki w certyfikacji odwołującego sprawiają, że produkcja przedmiotu umowy odbywałaby się w otoczeniu nie gwarantującym zgodności z AQAP 2120. Jest to niezgodne z zapisem Rozdziału V ust. 6 SIWZ z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 18 lutego 2014 roku.

W takim stanie sprawy koniecznym, w ocenie zamawiającego, jest stwierdzenie, że odrzucenie oferty odwołującego odbyło się w pełnej zgodności z przepisem art. 89 ust. 1.

Wobec faktu, że w stanie faktycznym sprawy pierwszy zarzut, zdaniem zamawiającego, nie może znaleźć potwierdzenia, koniecznym jest uznanie, iż wybór jako najkorzystniejszej na zadanie 1 oferty Konsorcjum IMA, nie naruszył art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

W dniu 16 maja 2014r. pismo przygotowawcze złożył również przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że w rozdziale V SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków zamawiający w pkt. 6 wskazał jako warunek udziału wykonawcy w postępowaniu na konieczność przedłożenia oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, tj. certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w produkcji.

W wyjaśnieniach treści SIWZ opublikowanych przez zamawiającego w dniu 18 lutego 2014 r. na pytanie:

„Czy zgodnie z zapisami w SIWZ zamawiający będzie brał pod uwagę jedynie sam fakt posiadania certyfikatu AQAP 2110, czy będzie badał jego treść, określając zakres w jakim w/w certyfikat jest wydany, a konkretyzując czy zapis w certyfikacie AQAP 2110 o treści: „projektowanie i dostawa tekstyliów oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalnym” spełnia wymagania NATO w zakresie zapewnienia jakości w produkcji, a tym samym czy faktycznie zawiera w sobie AQAP 2120, dotyczący zapewnienia jakości produkcji?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zgodnie z polityką NATO posiadacz certyfikatu AQAP 2110 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji (podkreśl, wł.) spełnia wymagania:

- > AQAP 2120 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w produkcji,
- > AQAP 2130 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli i w badaniach.

> AQAP 2131 - Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości przy kontroli końcowej.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający uzna, że posiadacz certyfikatu AQAP 2110 spełnia wymagania AQAP 2120. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w przedmiocie sprawy.

Z SIWZ i powyższego wyjaśnienia, według przystępującego, jednoznacznie wynika, że wolą zamawiającego było przedstawienie przez wykonawców certyfikatu AQAP 2120:2009 potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w produkcji lub certyfikatu wyższego tj. AQAP 2110:2009 w pełnym zakresie tego standardu w odniesieniu do wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji. Powyższe zaś wynika z fundamentu jakim było oczekiwanie zamawiającego wyrażające się w woli złożenia zamówienia u takiego wykonawcy, w którego zakładzie produkcyjnym stosowane będą bezpośrednio wymagania NATO dotyczące wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji. W żadnym miejscu SIWZ lub odpowiedzi na jakiegokolwiek pytanie zamawiający nie dopuścił składania wraz z ofertą certyfikatów AQAP 2120:2009 lub AQAP 2110:2009, których zakres byłby węższy niżli pokrywający w całości wymagania standardu w odniesieniu do wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji, a co za tym idzie składane przez wykonawców certyfikaty nie mogły posiadać jakichkolwiek, choćby najmniejszych wyłączeń w zakresie zapewnienia jakości w produkcji.

W ocenie przystępującego przykładem certyfikatu obejmującego bezwzględnie swoim zakresem zapewnienie jakości w produkcji jest np. certyfikat AQAP 2110:2009 otrzymany przez Spółdzielnię Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej, w którym jednoznacznie stwierdza się, że zakres certyfikacji obejmuje:

„Projektowanie i produkcję wyrobów branży odzieżowej”

Jako dowód przystępujący załączył kopię certyfikatu nr 129/A/2011 wydanego na rzecz Spółdzielni Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej

Przystępujący wskazał ponadto, że w swojej ofercie odwołujący przedstawił certyfikat AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013, którego zakres certyfikacji został opisany jako: „Projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym”, którego zakres nie budzi wątpliwości jako pozbawiony elementu zapewnienia jakości w produkcji. Jednocześnie w treści samego odwołania (str. 5) odwołujący niezgodnie z prawdą wskazuje, że:

„załączony do oferty certyfikat AQAP 2110:2009, na który powołuje się Konsorcjum w niniejszym postępowaniu, wydany przez Zakład Systemów Jakości i Zarządzania, potwierdza wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości w produkcji, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”.

Na potwierdzenie swojego twierdzenia odwołujący powołuje się na treść pisma Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania nr 0844/WY/14 z dnia 16 kwietnia 2014 r., w którym stwierdza się zdecydowanie odmiennie, a to że:

„Uprzejmie informuję, że Zakład Systemów i Jakości Zarządzania przyznał firmie UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o. certyfikat nr 883/A/2013 potwierdzający spełnianie wymagań AQAP 2110:2009 w zakresie „Projektowanie i dostawy tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” obejmującym nadzorowanie jakości w produkcji w ramach procesu realizowanego na zewnątrz (outsourcing).”

W ocenie przystępującego nie ulega wątpliwości, że wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w produkcji to nie to samo co nadzorowanie jakości w produkcji w ramach procesu realizowanego na zewnątrz. W związku z faktem, że zakres certyfikacji budził zasadnicze wątpliwości co do obejmowania całości standardu AQAP 2110:2009, jeszcze w okresie przed złożeniem ofert, spółka Andropol S.A. kierowała formalne zapytania do Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania o wskazanie dokładnego zakresu certyfikacji certyfikatu AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013. W piśmie skierowanym w dniu 26 lutego 2014 r. Andropol S.A. prosiła o:

„Podanie jednoznacznego zakresu certyfikatu nr 883/A/2013 należącego do firmy UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o., którego zakres na certyfikacie brzmi: „Projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” Czy powyższy zakres obejmuje również produkcję i jest potwierdzeniem wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością produkcji, czy tylko usługę w zakresie dostawy tekstyliów, prosimy o jednoznaczne określenie co kryje się pod zapisem „dostawa tekstyliów”

oraz

„Uszczegółowienie/sprecyzowanie odpowiedzi: „Certyfikat nr 883/A/2013 „Projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” oraz „certyfikat nr 296/A/2013 „Projektowanie, produkcja, sprzedaż tkanin i konfekcji tekstylnej” różnią się swym zakresem - dokładne i jednoznaczne (w dosłownym tego słowa znaczeniu) przedstawienie w czym tkwi różnica.”

Jako dowód przystępujący powołał pismo Andropol S.A. do Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania z dnia 26 lutego 2014 r.

Pismem z dnia 6 marca 2014 r. zarejestrowanym pod nr 0522/WY/14 Zakład Systemów Jakości i Zarządzania ustosunkował się do zakresu certyfikacji wskazanego w certyfikacie AQAP 2110 o numerze 883/A/2013 stwierdzając m.in., że:

„ W odpowiedzi na Państwa zapytanie zawarte w piśmie z dnia 26.02.2014 r. uprzejmie informujemy, że:

- zakres certyfikatu nr 883/A/2013 nie potwierdza wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w procesie produkcji w UNIFEO. EUROPE Sp. z o.o., jest wyłącznie potwierdzeniem realizacji usługi w zakresie projektowania i dostaw,
- „dostawa tekstyliów” w ww. zakresie dotyczy, np. zamówienia wyprodukowania rękawic przez zakwalifikowanych poddostawców w warunkach nadzorowanych i dostarczania do zamawiającego,
- Różnica między certyfikatami 883/A/2013 a 296/A/2013 polega na tym, że w przypadku certyfikatu:
 - 883/A/2013 potwierdzono funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów projektowania i dostaw.
 - 296/A/2013 potwierdzono funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów projektowania, produkcji i sprzedaży.(...)”

Jako dowód przystępujący powołał Pismo Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania nr 0522/Wy/2014 z dnia 6 marca 2014 r.

Podsumowując, z powyższego, według przystępującego, jednoznacznie wynikają kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy wnioski:

Certyfikat nr 883/A/2013 wydany na rzecz UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o. nie potwierdza wdrożenia i funkcjonowania w UNIFEO EUROPE systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów produkcji.

Fakt nie potwierdzenia w certyfikacie AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013 wdrożenia i funkcjonowania w UNIFEQ EUROPE Sp. z o. o. systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów produkcji, odróżnia go od pozostałych certyfikatów obejmujących swym zakresem wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów produkcji.

Certyfikat AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013 wydany na rzecz UNIFEO EUROPE Sp. z o.o. nie pokrywa w całości zakresu standardu AQAP 2110:2009, gdyż zawiera w sobie wyłączenie wynikające z faktu nie posiadania własnego zakładu produkcyjnego, który mógłby być przedmiotem certyfikacji w ramach systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów produkcji, a co za tym idzie nie spełnia wymogu zamawiającego odnośnie posługiwania się certyfikatem AQAP 2110 obejmującym zapewnienie jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji.

Dodatkowo przystępujący wskazał, że odwołujący się w treści swojego odwołania wywodzi, że zakres certyfikatu AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013 może być interpretowana w świetle postanowień polskiego kodeksu cywilnego, a konkretnie jego art. 605 dotyczącego umowy dostawy.

Powyższa analiza jest, zdaniem przystępującego, ze wszechmiar błędna. Certyfikat AQAP 2110:2009 wydawany jest na podstawie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy

międzynarodowej tj. porozumienia standaryzacyjnego STANAG 4107 "Wzajemna akceptacja procesów rządowego zapewnienia jakości oraz stosowania sojusznicznych publikacji zapewnienia jakości AQAP". Zgodnie zaś nauką prawa międzynarodowego, wykładnia treści umów międzynarodowych oraz regulacji i dokumentów powstających na ich bazie powinna być w pierwszej kolejności literalna. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem analizy jest znaczenie słowa „dostawa”, to należy przez to rozumieć udostępnienie towarów lub usług odbiorcy w konkretnie określonym, zapewne wcześniej umówionym miejscu i czasie.

Nie jest możliwe w tym kontekście wywodzenie, że zakres certyfikatu AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013, z racji faktu, że obejmuje „dostawę tekstyliów”, obejmuje również ich produkcję. Takie twierdzenie jest nieuprawnione zarówno na gruncie prawa jak i logiki, tym bardziej, że w obrocie funkcjonują inne certyfikaty AQAP 2110:2009, z których jednoznacznie wynika, że o ile zakresem certyfikacji jest objęte zapewnienie jakości w produkcji, jest to wprost wskazane w opisie jego zakresu.

W zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, to przystępujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 i 3 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zapewnienie uczciwej konkurencji spoczywa zawsze na zamawiającym. Szczególnie istotny jest tu etap przygotowania postępowania, podczas którego zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia. Są to w praktyce najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty.

Na etapie prowadzenia postępowania realizuje zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji m.in. poprzez eliminowanie wykonawców, dopuszczających się czynów nieuczciwej konkurencji. Nie chodzi bowiem o zapewnienie jakiegokolwiek konkurencji, tylko konkurencji na odpowiednim poziomie, gwarantującym, że zobowiązania wynikające z oferty będą należycie wykonane. Temu też służą przepisy obowiązujące na etapie oceny ofert, nakazujące odrzucać oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3).

Choć przepis ten nie został wskazany jako bezpośrednia podstawa decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, to w ocenie przystępującego nie ulega wątpliwości, że uznanie przez zamawiającego, że przedłożony przez odwołującego certyfikat AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013 spełnia wymagania określone w SIWZ, głównie wymóg posiadania certyfikatu AQAP 2110:2009 obejmującego swym zakresem wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w produkcji, doprowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Spółka UNIFEQ Europe przedłożyła wraz ze swoją ofertą certyfikat AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013, którego zakres certyfikacji obejmuje projektowanie i dostawę tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym pomimo, że jak to zostało wykazane powyżej, zamawiający wymagał aby zakresem certyfikacji objęty był element wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji, co bezspornie zdaniem przystępującego, wynika zarówno z SIWZ jak i wyjaśnień Zamawiającego z dnia 18 lutego 2014 r.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt. 10/ Umowy z Jednostką Certyfikującą zamawiający (tu: UNIFEQ) zobowiązuje się do powoływania się na przyznaną certyfikację tylko w odniesieniu do jej zakresu i w okresie jej ważności, z uwzględnieniem zawieszenia certyfikacji, ograniczenia zakresu certyfikacji. Ponadto zgodnie z § 4 ust. 1 pkt. 12/ Umowy z Jednostką Certyfikującą zamawiający (tu UNIFEQ) zobowiązuje się do stosowania znaku certyfikacji tylko w celu promowania zakresu działalności przedstawionej na certyfikacie.

W ocenie przystępującego nie ulega wątpliwości, że UNIFEQ składając wraz ze swoją ofertą certyfikat AQAP 2110 o ograniczonym zakresie certyfikacji, w ten sposób, że wyłączony jest element zapewnienia jakości produkcji, mając przy tym świadomość, że zamawiający wymaga aby element zapewnienia jakości produkcji był objęty certyfikatem na co wskazuje wymóg posiadania certyfikatu AQAP 2120, powołał się na certyfikat w zakresie szerszym niż wynikający z jego treści w celu promowania zakresu działalności nim nie objętej.

Mając powyższe na uwadze, przystępujący stwierdził, że na gruncie § 6 ust. 1 pkt. 5 Umowy z Jednostką Certyfikującą, powyższa sytuacja stanowi naruszenie przez UNIFEQ w zakresie wywiązywania się ze zobowiązań z Umowy z Jednostką Certyfikującą, a zatem istnieją podstawy do zawieszenia certyfikacji UNIFEQ, a nawet jej cofnięcia na gruncie § 8 ust. 1 pkt. 2/ Umowy z Jednostką Certyfikującą bowiem niewątpliwie w przedmiotowej sytuacji doszło do nadużycia zaufania zamawiającego. Co więcej wszystko wskazuje na to, że takie zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a konkretnie polega na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o przedsiębiorstwie, w szczególności o wytwarzanych towarach, w celu w celu przysporzenia korzyści majątkowej lub osobistej sobie, swojemu przedsiębiorstwu lub osobom trzecim, opisanych w art. 26 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i z tego względu powinno być przedmiotem ścigania.

Jako dowód przystępujący powołał wzór umowy z jednostką certyfikującą ze strony internetowej [https://www.zsiz.pl/mod/82/t/dF/iID/40/fID/2/fi/Umowa certyfikacja Formularze ZSJZ.doc](https://www.zsiz.pl/mod/82/t/dF/iID/40/fID/2/fi/Umowa%20certyfikacja%20Formularze%20ZSJZ.doc)

Przystępujący zwrócił uwagę na niezwykle istotną okoliczność, jaką jest zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania przez zamawiającego w kontekście kosztów rzeczowych jakie m.in. przystępujący jest zobligowany ponieść aby zapewnić

funkcjonowanie przedsiębiorstwa produkcyjnego, którego posiadanie uprawnia do uzyskania certyfikatu AQAP 2110:2009 lub AQAP 2120:2009 w pełnym zakresie tych standardów w tym w odniesieniu do zapewnienia jakości w procesie produkcji.

Według stanu na dzień złożenia niniejszej odpowiedzi w poszczególnych zakładach tworzących konsorcjum przystępującego zatrudnionych jest ponad 1'000 pracowników, odpowiednio: (i) 311 pracowników w PHPU"IMA" ZPCHR S..... – W..... i M. W..... Sp. j., (ii) 371 pracowników w Zakładach Odzieżowych „WYBRZEŻE” Spółdzielnia Inwalidów, oraz (iii) 350 pracowników w Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej. Powyższe stanowi znaczący, choć nie jedyny koszt utrzymania własnych mocy produkcyjnych, których certyfikacja w zakresie zapewnienia jakości w produkcji stanowiła zgodnie z SIWZ warunek uczestnictwa w przetargu.

Dopuszczenie do udziału w przetargu podmiotów, które nie legitymują się certyfikatem AQAP 2120:2009 albo AQAP 2110:2009 w pełnym zakresie standardu w odniesieniu do wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji, bowiem nie posiadają własnych zakładów produkcyjnych będących przedmiotem certyfikacji, byłoby, zdaniem przystępującego, jaskrawym przykładem nierównego traktowania wykonawców i odstępieniem od zasady uczciwej konkurencji.

Przedmiotem żądania zamawiającego w SIWZ było posiadanie certyfikatu AQAP 2120:2009 potwierdzającego zapewnienie jakości w produkcji. Zamawiający dopuścił możliwość spełnienia przez wykonawcę tego warunku poprzez dostarczenie certyfikatu AQAP 2110:2009 potwierdzającego m.in. wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w produkcji. Zamawiający na żadnym etapie prowadzonego przetargu nie zadeklarował, że możliwe jest spełnienie stawianych przez niego w SIWZ wymagań w odniesieniu do wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji poprzez przedstawienie certyfikatu AQAP 2110:2009 z wyłączeniem w zakresie wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w produkcji. Przyjęcie poglądu odmiennego, skutkującego brakiem odrzucenia oferty odwołującego, nakazywałoby uznanie, że doszło do niedopuszczalnej modyfikacji SIWZ po upływie okresu do składania ofert.

W ocenie przystępującego zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy oraz postanowieniami SIWZ odrzucając ofertę odwołującego oraz wskazując jako ofertę najkorzystniejszą w ramach zadania nr 1 ofertę przystępującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień treści siwz, protokołu postępowania, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego do odwołującego do wyjaśnień, odpowiedzi odwołującego, wezwania zamawiającego do odwołującego do uzupełnienia dokumentów,

odpowiedzi odwołującego wraz z załącznikiem, wniosku zamawiającego do jednostki certyfikującej i odpowiedzi tej jednostki z dnia 27 marca 2014r., certyfikatu nr 129/A/2011, pisma Andropol do jednostki certyfikującej, odpowiedzi jednostki certyfikującej na pismo Andropol, AQAP 2110 wyd. 3, wniosku odwołującego o certyfikację na zgodność z AQAP 2110, umowy odwołującego z jednostką certyfikującą.

Na podstawie powyższych dowodów ustalono:

W w sekcji III.1.4. ogłoszenia o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale V pkt 6 zamawiający zawarł warunki przedmiotowe stanowiąc, że zgodnie z art. 25 ust.1, pkt.2 ustawy, Wykonawca winien przedłożyć oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, tj. certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością.

W rozdziale VI. pkt 2.4. zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, do oferty należy załączyć certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością.

Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia zamówienia podwykonawcom, nie dokonując ograniczenia w części zamówienia na rzecz obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę.

W postanowieniach wzoru umowy zamawiający przewidział rozwiązania umowne dotyczące podwykonawców zarówno z krajów należących do NATO, jak i zagranicznych, do odbioru, nadzoru i kontroli wytwarzania towarów, a także rozwiązania dotyczące wykonawców z zależności od kraju pochodzenia z NATO, z UE ale spoza NATO i krajów trzecich.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 18 lutego 2014r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 5 o treści: "Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, ze zm.) zwracam się z zapytaniem dotyczącym specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przetarg nieograniczony. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w latach 2014 – 2016 (mundury polowe i ćwiczebne), nr postępowania: D/01/2014, czy zgodnie z zapisami w SIWZ zamawiający będzie brał pod uwagę jedynie sam fakt posiadania certyfikatu AQAP 2110, czy będzie badał jego treść, określając zakres w jakim w/w certyfikat jest wydany.

Konkretyzując czy zapis w certyfikacie AQAP 2110 o treści:

„projektowanie i dostawa tekstyliów oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalnym” spełnia wymagania NATO w zakresie zapewnienia jakości w produkcji, a tym samym czy faktycznie zawiera w sobie AQAP 2120, dotyczący zapewnienia jakości produkcji.” zamawiający wyjaśnił „Zgodnie z polityką NATO posiadacz certyfikatu AQAP 2110 – Wymagania NATO

dotyczące zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji spełnia wymagania:

_ AQAP 2120 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w produkcji,

_ AQAP 2130 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli i w badaniach.

_ AQAP 2131 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości przy kontroli końcowej.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający uzna, że posiadacz certyfikatu AQAP 2110 spełnia wymagania AQAP 2120.

Zamawiający oświadczył, że dokonał modyfikacji treści SIWZ w przedmiocie sprawy. Zamawiający zmienił także sekcję III.1.4. ogłoszenia o zamówieniu. I rozdziałowi VI pkt 2.4. nadał następujące brzmienie „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do oferty należy załączyć certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością. Zamawiający dopuszcza załączenie do oferty certyfikatu wyższego - AQAP 2110.

W ofercie odwołującego na str. 7 formularza ofertowego znajduje się wskazanie, że odwołujący w zakresie zadania 1 zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie wyrobu gotowego, zaś na str. 25 znajduje się certyfikat potwierdzający, że system zarządzania jakością w organizacji UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o. spełnia wymagania AQAP 2110:2009 zakres certyfikacji projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalnym. Certyfikat wydano 2 grudnia 2013r. i jest ważny od 2 grudnia 2013r do 1 grudnia 2016. Certyfikat został wydany przez Wojskową Akademię Techniczną Zakład Systemów Jakości i Zarządzania (WAT).

W dniu 25 marca 2014. Zamawiający zwrócił się do Wojskowej Akademii Technicznej Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania z prośbą o wyjaśnienie treści certyfikatu wystawionego liderowi odwołującego tj. czy wymieniony w potwierdzeniu AQAP 2120 (dotyczący produkcji wg standardów NATO) stanowi integralny zakres certyfikatu nr 883/A/2013, w którym uwidoczniono jedynie „projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenie o przeznaczeniu specjalistycznym”.

W dniu 31 marca 2014r. WAT odpowiedział, że certyfikat o numerze 883/A/2013 wydany na zgodność z wymaganiami AQAP 2110:2009 spełnia wymagania AQAP 2120 w zakresie projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenie o przeznaczeniu specjalistycznym”. Poinformowano, że liderowi odwołującego zgodnie z pkt 7.5. „Produkcja i dostarczanie usług” AQAP 2110 potwierdzono zgodność w zakresie dostaw tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym”.

W dniu 31 marca 2014. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie zarzutów przystępującego, co do braku spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie certyfikatu AQAP – w ocenie przystępującego zamawiający

wymagał tego certyfikatu na potwierdzanie zarządzania jakością w produkcji, a złożony certyfikat tego nie potwierdza.

W dniu 3 kwietnia 2014r. odwołujący złożył wyjaśnienia i wskazał, że zamawiający żądał załączenia certyfikatu AQAP 2120 potwierdzającego wdrożenie przez wykonawcę i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością zgodnie z tą publikacją standaryzacyjną. W dniu 18 lutego 2014r. zamawiający rozszerzył możliwość załączenia certyfikatu potwierdzającego spełnienie wymagań publikacji standaryzacyjnej AQAP 2110 zawierającej szerszy katalog wymagań niż AQAP 2120 (zakresie projektowania i rozwoju, zarządzania konfiguracją oraz zarządzania nieuszkodzalnością i obsługi walnością) potwierdza również spełnienie wymagań określonych w AQAP 2120, także w zakresie produkcji.

Zgodnie z porozumieniem STANAG 4107, certyfikat AQAP 2110:2009 potwierdza spełnienie wymagań NATO w zakresie zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji. Stawiany zarzut wyłączenia i nie spełnienia wymagań w zakresie produkcji przy wdrożonym i certyfikowanym systemie zarządzania jakością zgodnie z wymaganiami AQAP 2110, jest zdaniem odwołującego, nielogiczny i pozbawiony podstaw merytorycznych. W dalszej kolejności tak jak w odwołaniu odwołujący wskazał na okres ważności certyfikatu, brak ograniczeń i wyłączeń oraz na definicję umowy dostawy z art. 605 kc. Podniósł, że wymagania kontraktowe dotyczące systemu zarządzania jakością określone w publikacji standaryzacyjnej AQAP 2110 w pkt 4.1. dają możliwość zlecenia realizacji procesów objętych certyfikacją do podmiotów zewnętrznych przy jednoczesnym określeniu zasad i metodyki nadzorowania takich procesów. Odwołujący oświadczył, że wymagania te spełnił, co ma odzwierciedlenie w wydanym certyfikacie.

Odwołujący do wyjaśnień załączył jednocześnie potwierdzenie jednostki certyfikującej, z którego wynika, że załączony do oferty certyfikat wydany jest w ramach potwierdzenia instytucji narodowej ds. jakości w NATO – Wojskowego Centrum Normalizacji Jakości i Kodyfikacji. Zgodnie z polityką NATO posiadacz certyfikatu AQAP 2110 spełnia wymagania AQAP 2120, AQAP2130, AQAP 2131

W dniu 10 kwietnia 2014r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia certyfikatu AQAP 2120 lub 2110 potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości obejmującego zakres produkcji. W uzasadnieniu odwołał się do załącznika nr 1 do siwz i wskazał, że wymagał wykonania (wyprodukowania) przedmiotu zamówienia na podstawie Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej, zaś załączony do oferty odwołującego certyfikat nie potwierdza, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego z uwagi na fakt, iż certyfikat nie obejmuje zapewnienia jakości w produkcji.

W dniu 16 kwietnia 2014r. odwołujący złożył pismo, w którym stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia certyfikatu AQAP 2120 lub 2110

potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości obejmującego zakres produkcji składa oświadczenie Kierownika Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania Wydziału Mechanicznego WAT dr inż. Witolda Pokory, potwierdzające, iż złożony certyfikat AQAP 2110:2009 potwierdza wdrożenie i funkcjonowanie systemu jakości w produkcji, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Z załączonego oświadczenia wynika, że certyfikat nr 883/A/2013 potwierdzający spełnianie wymagań AQAP 2110:2009 w zakresie „Projektowanie i dostawy tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” obejmującym nadzorowanie jakości w produkcji w ramach procesu realizowanego na zewnątrz (outsourcing).

Z Certyfikatu nr 129/A/2011 wynika, że Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” spełnia wymagania AQAP 2110:2009 w zakresie certyfikacji projektowanie i produkcja wyrobów branży odzieżowej.

Z pisma z dnia 26 lutego 2014 r. firmy Andropol S.A. wynika oczekiwanie wyjaśnienia przez jednostkę certyfikującą następujących kwestii:

„Podanie jednoznacznego zakresu certyfikatu nr 883/A/2013 należącego do firmy UNIFEQ EUROPE Sp. z o.o., którego zakres na certyfikacie brzmi: „Projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” Czy powyższy zakres obejmuje również produkcję i jest potwierdzeniem wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością produkcji, czy tylko usługę w zakresie dostawy tekstyliów, prosimy o jednoznaczne określenie co kryje się pod zapisem „dostawa tekstyliów”

oraz

„Uszczegółowienie/sprecyzowanie odpowiedzi: „Certyfikat nr 883/A/2013 „Projektowanie i dostawa tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” oraz „certyfikat nr 296/A/2013 „Projektowanie, produkcja, sprzedaż tkanin i konfekcji tekstylnej” różnią się swym zakresem - dokładne i jednoznaczne (w dosłownym tego słowa znaczeniu) przedstawienie w czym tkwi różnica.”

Z pisma z dnia 6 marca 2014 r. zarejestrowanym pod nr 0522/WY/14 Zakładu Systemów Jakości i Zarządzania wynika, że:

„ W odpowiedzi na Państwa zapytanie zawarte w piśmie z dnia 26.02.2014 r. uprzejmie informujemy, że:

- zakres certyfikatu nr 883/A/2013 nie potwierdza wdrożenia i funkcjonowania systemu zarządzania jakością w procesie produkcji w UNIFEQ. EUROPE Sp. z o.o., jest wyłącznie potwierdzeniem realizacji usługi w zakresie projektowania i dostaw,
- „dostawa tekstyliów” w ww. zakresie dotyczy, np. zamówienia wyprodukowania rękawic przez zakwalifikowanych poddostawców w warunkach nadzorowanych i dostarczania do zamawiającego,

- Różnica między certyfikatami 883/A/2013 a 296/A/2013 polega na tym, że w przypadku certyfikatu:

- 883/A/2013 potwierdzono funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów projektowania i dostaw.
- 296/A/2013 potwierdzono funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie realizacji procesów projektowania, produkcji i sprzedaży.(...)"

Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez przystępującego z wzoru umowy o przeprowadzenie certyfikacji opracowanego i stosowanego przez Zakład Systemów Jakości i Zarządzania WAT, z uwagi na to, że dowód ten nie służy udowodnieniu okoliczności faktycznych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Powołany jest bowiem jako dowód na naruszenie przez odwołującego postanowień wzorca umowy, które zdaniem przystępującego powinny skutkować cofnięciem lub zawieszeniem odwołującemu certyfikat 883/A/2013. Jednakże zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i odwołujący nie formułuje w tym zakresie zarzutów. Nadto przystępujący nie twierdzi, że udzielony odwołującemu certyfikat został cofnięty lub zawieszony i nie może się nim posługiwać. Dowód ten jest także zbędny dla rozstrzygnięcia z tego powodu, że brak jest w aktach sprawy umowy zawartej przez odwołującego z jednostką certyfikującą, która pozwalałaby ustalić, czy wskazywane postanowienia wzorca wiążą odwołującego.

Z AQAP wyd. 3 wynika, że dostawcą jest organizacja, która działa w sytuacji kontraktowej jako wykonawca wyrobów dla zamawiającego oraz to, że AQAP 2110 podzielony jest na sekcje i sekcja 7.0 obejmuje realizację wyrobu, w tym:

- 7.1. Planowanie realizacji wyrobu,
- 7.2. Procesy związane z klientem,
- 7.3 Projektowanie i rozwój,
- 7.4. Zakupy,
- 7.5. Produkcja i dostarczanie usługi,
- 7.6. Nadzorowanie wyposażenia do monitorowania i pomiarów,
- 7.7. Zarządzanie konfiguracją (CM),
- 7.8. Nieuszkodzalność i obsługiwalność.

Na str. 10 znajduje się niekompletny tekst:

„wszystkimi poddostawcami, włącznie z zamieszczeniem wymagań dotyczących odpowiedniej publikacji AQAP.

Dostawca powinien wprowadzić do wszystkich dokumentów zakupu następującą klauzulę „Wszystkie wymagania niniejszej umowy mogą być poddane ocenie w ramach procesu GQA. Poddostawca zostanie powiadomiony o wszystkich działaniach GQA, które będą u niego prowadzone”.

Dostawca składający dokumenty zakupu do poddostawcy jest zobowiązany do udzielenia mu instrukcji wynikających z realizacji procesu GQA. Dostawca odpowiada za zapewnienie, by poddostawcy w pełni wdrożyli procedury i procesy niezbędne do spełniania wymagań umowy. Realizacja procesu GQA u poddostawcy nie zdejmuje z dostawcy żadnych zobowiązań wynikających z wymagań jakościowych zawartych w umowie.”

9.1.1 Dostawca i / lub poddostawcy powinni zapewnić GQAR i / lub zamawiającego:

- Prawo dostępu do pomieszczeń, gdzie realizowane są działania zawartej umowy,
- Informacje dotyczące spełnienia wymagań umowy,
- Nieograniczone możliwości do oceny zgodności systemu dostawcy z wymaganiami niniejszej Publikacji.
- Nieograniczone możliwości do przeprowadzenia weryfikacji zgodności wyrobu z wymagania określonymi w umowie.
- Wymaganą przez GOAR pomoc dotyczącą oceny, weryfikacji, walidacji, badania, kontroli lub odbioru wyrobu w realizowanym procesie GQA w zakresie wymagań określonych w umowie
- pomieszczenie do pracy i wyposażenie niezbędne do realizacji procesu GQA.

Z wniosku z dnia 8 listopada 2013r. nr 883/AS/2013 wynika, że w informacjach ogólnych podano projektowanie i dostawa odzieży, w zakresie certyfikacji i weryfikacji EMAS (zakres, który organizacja planuje umieścić na certyfikacie) – projektowanie i dostawa odzieży (tekstyli)

Przedmiotem umowy jest usługa polegająca na realizacji przez wykonawcę czynności objętych wnioskiem zamawiającego zarejestrowanym u wykonawcy. W par 2 zakres czynności o których mowa w par 1 obejmuje

1. przeprowadzenie certyfikacji oraz ponownej certyfikacji systemu zarządzania zamawiającego zgodnie ze złożonym wnioskiem, o którym mowa w par 1.

W par 4 ust. 1 pkt 3 zamawiający zobowiązuje się do umożliwienia wykonawcy przeprowadzenia auditów specjalnych, w przypadku powstania zasadnych wątpliwości co do spełniania przez zamawiającego warunków certyfikacji lub w przypadku rozszerzenia zakresu certyfikacji na wniosek zamawiającego

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zaś złożone odwołanie zmierza do przywrócenia tej oferty do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem w sytuacji uwzględnienia odwołania, odwołujący może uzyskać zamówienia w zakresie zadania 1. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wyczerpana.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego na zadanie nr 1 z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowane przez odwołującego dostawy nie odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, w zakresie dotyczącym załączenia do oferty certyfikatu AQAP 2120 lub certyfikatu wyższego - AQAP 2110, potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością, w tym zapewnienie jakości w produkcji, pomimo, iż odwołujący załączył do oferty wymagany przez zamawiającego certyfikat AQAP 2110

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu istotne jest ustalenie treści siwz obowiązującej wykonawców w dacie składania ofert oraz jej ewentualnej wykładni autentycznej dokonanej przez zamawiającego. Dopiero takie ustalenie pozwoli na stworzenie wzorca, któremu ma odpowiadać treść składanej przez wykonawcę oferty. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi bowiem o obowiązku ciążącym na zamawiającym odrzucenia oferty, ale jedynie w takiej sytuacji, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści siwz i ta niezgodność nie daje się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Jak wynika z dokumentacji postępowania po jej modyfikacji w dniu 18 lutego 2014r. zamawiający ustalił następującą treść siwz:

Rozdział V pkt 6 „Zgodnie z art. 25 ust.1, pkt.2 ustawy, Wykonawca winien przedłożyć oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, tj. certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością.”

Rozdział VI pkt 2.4. „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do oferty należy załączyć certyfikat AQAP 2120, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością. Zamawiający dopuszcza załączenie do oferty certyfikatu wyższego - AQAP 2110.”

Wykładnia autentyczna zamawiającego z dnia 18 lutego 2014r. udzielona na pytanie nr 5

(...) czy zgodnie z zapisami w SIWZ zamawiający będzie brał pod uwagę jedynie sam fakt posiadania certyfikatu AQAP 2110, czy będzie badał jego treść, określając zakres w jakim w/w certyfikat jest wydany.

Konkretyzując czy zapis w certyfikacie AQAP 2110 o treści:

„projektowanie i dostawa tekstyliów oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalnym” spełnia wymagania NATO w zakresie zapewnienia jakości w produkcji, a tym samym czy faktycznie zawiera w sobie AQAP 2120, dotyczący zapewnienia jakości produkcji.”

Zamawiający wyjaśnił

„Zgodnie z polityką NATO posiadacz certyfikatu AQAP 2110 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji spełnia wymagania:

_ AQAP 2120 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w produkcji,

_ AQAP 2130 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli i w badaniach.

_ AQAP 2131 – Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości przy kontroli końcowej.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający uzna, że posiadacz certyfikatu AQAP 2110 spełnia wymagania AQAP 2120.”

W ocenie Izby przedmiotem sporu jest to czy zamawiający wymagał i czy zamierzał na etapie ustalania treści siwz badać rzeczywiście zakres certyfikatu. Na tę oś sporu wskazują bowiem zarówno twierdzenia odwołującego, który oświadczył, że zamawiający na etapie przed upływem terminu składania ofert nie zawarł w siwz, ani w wyjaśnieniach treści siwz żądania, aby wykonawca legitymował się certyfikatem AQAP 2120 lub AQAP 2110 w zakresie produkcji własnej. Natomiast zamawiający twierdził, że jedynie taki zakres certyfikatu daje mu rękojmię wytworzenia wyrobu wymaganej jakości.

Zatem Izba musi rozstrzygnąć, czy i jaki zakres certyfikatu był przez zamawiającego wymagany przed upływem terminu składania ofert. Na podstawie treści siwz w brzmieniu ustalonym po modyfikacji z dnia 18 lutego 2014r. Izba uznała, że literalnie zamawiający wymagał jedynie certyfikatu AQAP 2120 lub wyższego 2110, potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością. Zamawiający nie wskazał, że ten certyfikat miał dotyczyć konkretnego zakresu procesu organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Tej sytuacji w ocenie Izby nie zmieniła także dokonana przez zamawiającego wykładnia autentyczna postanowień siwz udzielona w odpowiedzi na pytanie nr 5, w którym pytający wyraźnie i wprost zapytywał zamawiającego, czy będzie jedynie formalnie badał, czy wykonawca posiada certyfikat, czy też będzie badał zakres tego certyfikatu. Dla zobrazowania problemu zapytujący wskazywał na konkretny zakres certyfikatu i oczekiwał oceny czy ten zakres zawiera w sobie AQAP 2120 dotyczący zapewnienia jakości produkcji.

Z wyjaśnień zamawiającego nie wynika udzielenie odpowiedzi na zadane pytanie w brzmieniu, w którym doszłoby przez zamawiającego do doprecyzowania wymagań rozdziału V pkt 6 i rozdziału VI pkt 2.4. siwz przez wskazanie, że certyfikat ma potwierdzać wdrożenie i

funkcjonowanie systemu zarządzania jakością w zakresie produkcja. Sam zamawiający na rozprawie twierdził, że zakresy wydawanych certyfikatów mogą być różne w zależności od sytuacji organizacyjnej wykonawcy, nie wykluczał możliwości przyznania certyfikatu w ograniczonym zakresie, co więcej wywodził taką możliwość z przedłożonej przez siebie umowy zawartej pomiędzy jednostką certyfikującą, a odwołującą tj. z § 6 i 7 tej umowy. Izba dodatkowo potwierdziła ten fakt stwierdzając także w § 4 pkt 3 tej umowy. Udzielone przez zamawiającego wyjaśnienie bowiem jest następujące :

„Zgodnie z polityką NATO posiadacz certyfikatu AQAP 2110 – (podano nazwę certyfikatu i nie wskazano zakresu – przyp. wł.) spełnia wymagania:

_ AQAP 2120 –(podano nazwę certyfikatu i nie wskazano zakresu przyp. wł.),

_ AQAP 2130 – (podano nazwę certyfikatu i nie wskazano zakresu przyp. wł.),

_ AQAP 2131 – (podano nazwę certyfikatu i nie wskazano zakresu przyp. wł.),

Mając powyższe na uwadze, zamawiający uzna, że posiadacz certyfikatu AQAP 2110 (bez wskazania minimalnego zakresu przyp. wł.) spełnia wymagania AQAP 2120 – (bez wskazania zakresu przyp. wł.).”

W ocenie Izby z powyższego wyjaśnienia wynika jedynie literalnie ostatnia konkluzja, że posiadacz certyfikatu AQAP 2110 spełnia wymagania AQAP 2120.

Tak też tę wykładnię autentyczną zrozumiał odwołujący, który działając w zaufaniu do treści siwz i wyjaśnień oraz będąc posiadaczem AQAP 2110 uznał, że spełnia wymagania zamawiającego. W ocenie Izby w świetle powyższych rozważań i analizy treści siwz takie działanie odwołującego należało uznać za usprawiedliwione i zgodne z literalną treścią siwz po modyfikacji. W ocenie Izby z dowodu – wyciągu z AQAP 2110 wynika jednoznacznie, że dostawca nie musi samodzielnie wytwarzać towaru, ale odpowiada za zapewnienie, by poddostawcy w pełni wdrożyli procedury i procesy niezbędne do spełniania wymagań umowy. Realizacja procesu GQA u poddostawcy nie zdejmuje z dostawcy żadnych zobowiązań wynikających z wymagań jakościowych zawartych w umowie.

W ocenie Izby skoro AQAP 2110 dopuszcza możliwość outsourcingu, na który wskazuje dr inż. Witold Pokora stwierdzając, że odwołujący posiada certyfikat potwierdzający spełnianie wymagań AQAP 2110:2009 w zakresie „Projektowanie i dostawy tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym” obejmującym nadzorowanie jakości w produkcji w ramach procesu realizowanego na zewnątrz (outsourcing), a zamawiający nie wymagał w siwz certyfikatów w konkretnych zakresach, ani też nie wykazał, że certyfikat AQAP 2120 jest wydawany wyłącznie w zakresie produkcja, a nie może być wydany w zakresie dostawa obejmującym nadzorowanie jakości w produkcji w ramach procesu realizowanego na zewnątrz (outsourcing). Zgromadzony bowiem w niniejszej sprawie materiał dowodowy odnoszący się do zakresu certyfikacji dotyczy wyłącznie certyfikacji w ramach AQAP 2110, stąd brak jest dowodu na potwierdzenie tezy zamawiającego, że

wskazanie certyfikatu AQAP 2120 determinowało wyłącznie zakres produkcja (rozumiejąc go jedynie jako produkcja własna) wyłączając outsourcing i dostarczenie towarów przez wykonawcę do miejsca przeznaczenia.

Z postanowień siwz i wyjaśnień jak już podkreślono nie dało się wywieść zakresu certyfikacji wymaganego przez zamawiającego, zatem na gruncie tejże siwz należało uznać, że zamawiający zamierzał dokonać formalnej oceny faktu posiadania certyfikatu AQAP 2110 lub 2120, bez postawienia wymagań co do ich zakresu. Temu obowiązkowi zaś sprostał odwołujący przedstawiając certyfikat AQAP 2110:2009 nr 883/A/2013 w zakresie „Projektowanie i dostawy tekstyliów, ekwipunku oraz wyposażenia o przeznaczeniu specjalistycznym”. Treść tego certyfikatu w zestawieniu z treścią siwz nie daje podstaw do stwierdzenia jej nieodpowiedniości, a to w konsekwencji oznacza, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny oferty odwołującego i bezprawnie zastosował wobec niego normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający swoim działaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy bezpodstawnie odrzucając ofertę odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 1, z naruszeniem przepisów ustawy, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Skoro zamawiający naruszył ustawę bezpodstawnie odrzucając ofertę odwołującego i nie dopuścił tej oferty do etapu oceny, to dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. W konsekwencji wybierał tę ofertę spośród niepełnego kręgu ofert niepodlegających odrzuceniu, a to oznacza, że naruszono art. 7 ust. 3 ustawy nakazujący wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy. Doprowadziło to także do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy nakazującego wybór oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny oferty, a w przedmiotowej sprawie oferta wybrana zgodnie z tymi kryteriami nie była ofertą najkorzystniejszą. Izba stwierdziła zatem, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) nakazując zamawiającemu zwrot kosztów poniesionych przez odwołującego w postaci wpisu i kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: