

Sygn. akt: KIO 470/17

**WYROK**  
**z dnia 29 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2017 r. przez wykonawcę **B.J.B.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **P.P.H.U. B.J.B. B.J.B. I-E., (...)** **B.B.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie, (...)** **W.** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku (bielizna letnia długa, bluza ocieplająca, bluza ocieplająca w kamuflażu pustynnym)” – (postępowanie znak D/37/2017)

przy udziale wykonawcy **U.E. Spółka z o.o., (...)** **W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawcy **S.S.S.M., (...)** **P.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

przy udziale wykonawcy **Z.P.C.T. Spółka z o.o., (...)** **D.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu - Skarb Państwa, 2 Regionalna**

**Baza Logistyczna w Warszawie, (...) W. wydłużenie terminu składania ofert minimum do dnia 15 maja 2017 roku. W pozostałym zaś zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.**

2. kosztami postępowania w wysokości **18 845 zł 10 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset czterdzieści pięć złotych i dziesięć groszy) obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa, 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie, (...) W.** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B.J.B.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **P.P.H.U. B.J.B. B.J.B. I-E., (...) B.B.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego - **Skarb Państwa, 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie, (...) W.** na rzecz wykonawcy - **B.J.B.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **P.P.H.U. B.J.B. B.J.B. I-E., (...) B.B.** kwotę w wysokości **18 845 zł 10 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset czterdzieści pięć złotych i dziesięć groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 29 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 470/17**

Zamawiający – Skarb Państwa, 2 Regionalna Baza Logistyczna, (...) W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku (bielizna letnia długa, bluza ocieplająca, bluza ocieplająca w kamuflażu pustynnym” – (postępowanie znak D/37/2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28.02.2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 01.03.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 042 - 076506.

W dniu 10.03.2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wprowadzeniu w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2017/S 042-76506, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2017 r. oraz SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oznaczonego numerem referencyjnym D/37/2017 na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku (bielizna letnia długa, bluza ocieplająca, bluza ocieplająca w kamuflażu pustynnym), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 1 marca 2017 r. postanowień, które naruszają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp).

Następnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 43 ust. 2 pzp przez wyznaczenie w punkcie IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale XII punkcie 1 SIWZ upływu terminu składania ofert na dzień 14 kwietnia 2017 r. godzinę 08.00, co z obiektywnych względów uniemożliwia odwołującemu oraz innym wykonawcom, którzy najwcześniej w dacie publikacji SWIZ mogli zapoznać się z aktualną Wojskową Dokumentacją Techniczno - Technologiczną Bielizny letniej długiej wzór 505T/MON i Bielizny letniej długiej marynarki wojennej wzór 505TM/MON oraz aktualną Wojskową Dokumentacją Techniczno - Technologiczną bluzy ocieplającej wzór 546/MON i

Bluzy ocieplającej w kamuflażu pustynnym wzór 546P/MON złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu,

2. art. 7 ust. 1 pzp przez wyznaczenie w punkcie IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale XII punkcie 1 SIWZ upływu terminu składania ofert na dzień 14 kwietnia 2017 r. godzinę 08.00, co z obiektywnych względów uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz faworyzuje wykonawcę, który brał udział w opracowaniu aktualnej Wojskowej Dokumentacji Techniczno - Technologicznej Bielizny letniej długiej wzór 505T/MON i Bielizny letniej długiej marynarki wojennej wzór 505TM/MON oraz aktualnej Wojskowej Dokumentacji Techniczno - Technologicznej Bluzy ocieplającej wzór 546/MON i bluzy ocieplającej w kamuflażu pustynnym wzór 546P/MON,

3. art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez określenie w Załączniku do umowy nr 1 zatytułowanym „Plan dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku” terminu dostawy pierwszej części przedmiotu zamówienia „do 45 dni od daty zawarcia umowy”,

4. art. 7 ust. 1 pzp przez określenie w Załączniku do umowy nr 1, zatytułowanym „Plan dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku” terminu dostawy pierwszej części przedmiotu zamówienia „do 45 dni od daty zawarcia umowy”,

5. art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez wprowadzenie w § 5 ust. 1 i 2b wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ wymogu uzyskania przez wykonawcę odbioru wojskowego każdej partii dostarczanego przedmiotu umowy, bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe przystąpi do odbioru oraz bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe zobowiązane będzie odbioru dokonać,

6. art. 7 ust. 1 pzp przez wprowadzenie w § 5 ust. 1 i 2b wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ wymogu uzyskania przez wykonawcę odbioru wojskowego każdej partii dostarczanego przedmiotu umowy, bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe przystąpi do odbioru oraz bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe zobowiązane będzie odbioru dokonać.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień zawartych w punkcie IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale XII punkcie 1 SIWZ przez określenie upływu terminu składania ofert na dzień 1 czerwca 2017 r. godzinę 08.00,

2. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień zawartych w punkcie IV.2.7) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale XII punkcie 5 SIWZ przez wskazanie, że publiczne otwarcie ofert nastąpi w dniu 1 czerwca 2017 r. o godzinie 10.00,

3. nakazanie zamawiającemu wprowadzenia w Załączniku do umowy nr 1, zatytułowanym „Plan dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku” terminu dostawy

pierwszej części przedmiotu zamówienia (obejmującej obecną dostawę do 45 dni od daty zawarcia umowy, jak dostawę do 90 dni od daty zawarcia umowy) „do 90 dni od daty zawarcia umowy”, a kolejnej do dnia 31 października 2017 r.,

4. nakazanie zamawiającemu wprowadzenie w § 5 ust 1 i 2b wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ nieprzekraczalnego terminu przystąpienia przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe do odbioru towarów i końcowego terminu wykonania odbioru, oraz wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym opóźnienie Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego w odbiorze skutkować odpowiednim wydłużeniem terminu odbieranej przez niego dostawy,

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów przedstawionych w załączeniu,

6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu przemysłu odzieżowego i włókienniczego na okoliczność obiektywnego braku możliwości technologicznych oraz technicznych wytworzenia wzorów towarów, stanowiących przedmiot postępowania przed upływem terminu składania ofert,

7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu przemysłu odzieżowego i włókienniczego na okoliczność obiektywnego braku możliwości technologicznych oraz technicznych wytworzenia pierwszej części przedmiotu zamówienia, a następnie przeprowadzenia procedury odbioru towarów, określonej w SIWZ oraz dostarczenia ich zamawiającemu „do 45 dni od daty zawarcia umowy”,

8. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu przemysłu odzieżowego i włókienniczego na okoliczność określenia minimalnego oraz maksymalnego okresu, niezbędnego do przeprowadzenia pełnego procesu produkcyjnego przedmiotu zamówienia, począwszy od zakupu przędzy trudnopalnej, poprzez dzianie przędzy (uzyskanie dzianiny), następnie farbowanie dzianiny, przygotowanie formy wykroju, samego wykroju oraz uszycia gotowego produktu,

9. zasądzenie od zamawiającego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od odwołania oraz kosztów wynikających z przedłożonych na rozprawie rachunków.

#### Uzasadnienie

W dniu 1 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 042-76506 na dostawy przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku (bielizna letnia długa, bluza ocieplająca, bluza ocieplająca w kamuflażu pustynnym). Również w dniu 1 marca 2017 r. zamawiający opublikował na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oznaczonym numerem referencyjnym D/37/2017.

Punkt IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdział XII punkt 1 SIWZ przedmiotowego postępowania wskazują, że termin składania ofert upływa w dniu 14 kwietnia 2017 r. o godzinie 08.00. Natomiast punkt IV.2.7) ogłoszenia oraz Rozdział XII punkt 5 SIWZ przewidują, że publiczne otwarcie ofert odbędzie się w dniu 14 kwietnia 2017 r. o godzinie 10.00.

Jak wskazał Odwołujący ponadto tabela zamieszczona w Załączniku do umowy nr 1, zatytułowanym „Plan dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku” wskazuje, że termin dostawy pierwszej części przedmiotu zamówienia nastąpi „do 45 dni od daty zawarcia umowy”. Jednocześnie postanowienie zawarte w § 5 ust. 1 i 2b wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania uprzedniego odbioru wojskowego każdej partii dostarczanego przedmiotu umowy, dokonywanego przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem jest produkcja oraz sprzedaż odzieży, w tym bielizny letniej i zimowej. Odwołujący systematycznie uczestniczy w prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach, których przedmiotem jest udzielanie zamówień na dostawy odzieży. Zamawiający wielokrotnie udzielił odwołującemu wspomnianych zamówień. Stąd odwołujący zainteresowany jest również uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Jednakże wskazane w petitum odwołania postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, naruszając przywołane powyżej przepisy pzp, uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu. Dlatego odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W ocenie Odwołującego przede wszystkim wskazać należy, że w dniu 6 lutego 2017 roku zatwierdzona została nowa Wojskowa Dokumentacja Techniczno - Technologiczna Bielizny letniej długiej wzór 505T/MON i Bielizny letniej długiej marynarki wojennej wzór 505TM/MON (dalej: WDTT 505). Również w dniu 6 lutego 2017 roku zatwierdzona została nowa Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna Bluzy ocieplającej wzór 546/MON i Bluzy ocieplającej w kamuflażu pustynnym wzór 546P/MON (dalej: WDTT 546). Przedmiotowe dokumentacje, stanowią Załącznik nr 9 do SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr D/37/2017.

Stosownie do treści Rozdziału III. punktu 2 specyfikacji, WDTT 505 oraz WDTT 546 zawierają • wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Aktualna dokumentacja

WDTT 505 wprowadza nowe wymagania w porównaniu z tymi przewidzianymi w Wojskowej Dokumentacji Techniczno - Technologicznej Bielizny letniej długiej wzór 505T/MON i Bielizny letniej długiej marynarki wojennej wzór 505TM/MON, zatwierdzonej w dniu 16 listopada 2015 roku. Natomiast aktualna dokumentacja WDTT 546 wprowadza nowe wymagania w porównaniu z tymi przewidzianymi w Wojskowej Dokumentacja Techniczno-Technologicznej Bluzy ocieplającej wzór 546/MON i Bluzy ocieplającej w kamuflażu pustynnym wzór 546P/MON, zatwierdzonej w dniu 27 listopada 2015 roku. Obie dotychczasowe dokumentacje stanowiły opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oznaczonym numerem referencyjnym D/01/2016 na dostawy tożsamyh towarów w 2016 r. (bezpośrednio poprzedzającym postępowaniu na dostawy bielizny letniej długiej oraz bluzy ocieplającej). Aktualne dokumentacje wprowadziły nieobowiązujące dotychczas wymogi w zakresie dzianiny ściągaczowej (punkt 4.2. Tablica 2. punkty 15 - 27.6 WDTT 505 oraz punkt 4.2. Tablica 2. punkty 14 - 26.7 WDTT 546). Ponadto obie dokumentacje wprowadziły nowy, wcześniej nieobowiązujący wymóg dotyczący zawartości pestycydów (punkt 4.2. Tablica 3 punkt 3 WDTT 505 oraz punkt 4.2. Tablica 3 punkt 4 WDTT 546). Jednocześnie zostały zmienione wymagania co do wymiarów bielizny.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia w związku z powyższym odwołujący, ani żaden wykonawca, który mógł zapoznać się z przedmiotowymi dokumentacjami najwcześniej w chwili publikacji SIWZ na stronie internetowej zamawiającego nie jest w stanie złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Zmiana dokumentacji sprawia bowiem, że konieczne stało się opracowanie oraz wykonanie nowego wzoru bielizny i bluzy. Nowy wzór powinien bowiem zawierać ściągacz trudnopalny, spełniać dodatkowe wymogi przewidziane w Tablicy nr 3 i uwzględnić nowe rozmiary.

Zdaniem Odwołującego przygotowanie wzoru jest procesem złożonym i wyjątkowo czasochłonnym. W celu wykonania próbki wykonawca zmuszony jest nabyć wpiery odpowiednio przędza, przeprowadzić próbę wstępną, a także przeprowadzić próbę koloru. Następnie konieczne jest przeprowadzenie wstępnych badań laboratoryjnych oraz wykonanie właściwej dzianiny w odpowiednim kolorze, wymaganej do zatwierdzenia wzoru, podlegającego badaniu w akredytowanym laboratorium badawczym. Z uwagi na wprowadzenie także zmian wymiarowania gotowego wyrobu, dodatkowo należy uwzględnić czas potrzebny na odszycie nowego wzoru. Czas ten wynosi łącznie około sześciu tygodni.

**Dowód:** opinia biegłego z zakresu włókiennictwa oraz odzieżownictwa, korespondencja mailowa.

Następnie Odwołujący wskazał, że składane wraz z ofertą zaświadczenie, o którym mowa w Rozdziale VII punkcie 2.5.1. SIWZ, Komendant Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi (dalej: WOBWSM) wydaje zgodnie z Instrukcją oceny i potwierdzenia zgodności wzorów zakładowych z zatwierdzonymi wojskowymi dokumentacjami (...). Treść Rozdziału 11 punktu 5 tiret trzeciej Instrukcji wyraźnie stwierdza, że celem uzyskania przedmiotowego zaświadczenia wykonawca przedkłada wyniki badań próbek oferowanego wyrobu przeprowadzonych przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji. Z informacji przedstawionej przez Instytut Technologii Bezpieczeństwa Moratex - jednostki przeprowadzającej przedmiotowe badania wynika, że „najkrótszy” okres badania zgodności próbki z wymogami WDTT 505 wynosi 15 dni roboczych, tj. 21 dni kalendarzowych (3 tygodnie kalendarzowe).

W ocenie Odwołującego wymagane w SIWZ badania mają specjalistyczny charakter. Dlatego nie jest możliwe przeprowadzenie wszystkich badań w jednej jednostce badawczej. W szczególności nie jest możliwe przeprowadzenie wszystkich badań w Wojskowym Ośrodku Badawczo - Wdrożeniowym Służby Mundurowej, wydającym wymagane przez zamawiającego zaświadczenie, co potwierdza choćby treść pisma WOBWSM z dnia 8 marca 2017 r. Ponadto z treści wspomnianego pisma wynika, że jednostka ta jest władna przeprowadzić niepełne badania w ciągu miesiąca, przy czym nie gwarantuje przeprowadzenia badań procentowej zawartości włókien. Stąd czas niezbędny na złożenie oferty powinien uwzględniać również czas konieczny do przeprowadzenia wymaganych przez zamawiającego badań, a ten jak wynika z powołanej powyżej korespondencji wynosi około 4 tygodni kalendarzowych.

**Dowód:** pismo I.T.B.M. z dnia 8 marca 2017 r. i pismo WOBWSM z dnia 8 marca 2017 r.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia okres niezbędny do złożenia oferty warunkuje (wydłuża) także procedura uzyskania zaświadczenia WOBWSM, która zgodnie z treścią Rozdziału II punktu 13 Instrukcji oraz Rozdziału VII punktu 2.5.1. SIWZ wynosi 16 dni roboczych, tj. ponad trzy tygodnie kalendarzowe.

Ustalając czas niezbędny do wytworzenia próbki, przeprowadzenia jej badań oraz uzyskania przedmiotowego zaświadczenia, zdaniem Odwołującego, należy uwzględnić również czas konieczny na przeprowadzenie korespondencji z dostawcami surowców, półproduktów i podwykonawcami, korespondencji z jednostkami certyfikującymi oraz WOBWSM, a także czas, w którym następuje obrót pocztowy.



Wskazując na powyższe Odwołujący uznał, że minimalny okres niezbędny do przygotowania oraz złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu wynosi dwanaście tygodni. Natomiast zamawiający przewidział termin składania ofert, który wynosi nieco ponad sześć tygodni. A zatem wyznaczony termin z oczywistych względów nie może zostać dochowany przez wykonawców, którzy nie brali udziału w procedurze opracowania oraz wytworzenia wzoru bielizny lub bluzy. Tym samym zamawiający wskutek nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia oraz nierównego traktowania wykonawców naruszył przepis art. 43 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 pzp. Niniejszy wniosek uzasadnia również okoliczność, zgodnie z którą zamawiający wyznaczył wykonawcom termin składania ofert, który jedynie nieznacznie przewyższa minimalny czas przewidziany w przepisie art. 43 ust. 2 pzp. W związku z powyższym zachodzą podstawy do wydłużenia terminu składania ofert o okres wskazany w petitum odwołania.

Kolejno, Załącznik do umowy nr 1, zatytułowany „Plan dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku” stwierdza, że dostawa pierwszej części przedmiotu zamówienia nastąpi „do 45 dni od daty zawarcia umowy”. Użycie przyimka „do” wskazuje, że wspomniany termin został zastrzeżony na korzyść wierzyciela (zamawiającego) w rozumieniu art. 457 oraz art. 455 K.c. A zatem termin ten może zostać dowolnie skrócony przez zamawiającego, który uprawniony jest wezwać wykonawcę do wcześniejszego wykonania umowy niż wynikało to pierwotnie z treści Załącznika do umowy nr 1.

W ocenie Odwołującego uwzględniając nawet, że zamawiający będzie wymagał dostarczenia pierwszej partii materiałów w końcowej dacie terminu określonego w załączniku do umowy nr 1, to jednak należy wskazać następująco:

Treść § 5 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ przewiduje, że każda partia dostarczanego przedmiotu umowy, dla którego określono potrzebę odbioru wojskowego lub procesu G. musi zostać zgłoszona przez Wykonawcę do odbioru wojskowego. Następnie § 5 ust. 2 przewiduje, że protokół z dokonanego odbioru wojskowego przedmiotu umowy sporządzi Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe (RPW) (...) w 3 egz. w języku polskim z przeznaczeniem dla Zamawiającego, Wykonawcy i RPW (G.). Protokół podpisany przez Wykonawcę i Przedstawiciela RPW (G.), jest podstawą do wysłania tego przedmiotu do Odbiorcy wskazanego w umowie. Ponadto § 5 ust. 2b wzoru umowy stanowi, że w przypadku realizacji umowy na dostawę PU i W przez Wykonawców krajowych, Wykonawca potwierdzi, że wyrób spełnia wymagania umowy dostarczając z wyrobem protokół odbioru wojskowego, wystawiony i podpisany przez Wykonawcę oraz akceptowany podpisem przedstawiciela RPW i świadectwo zgodności Certificate of Conformity-CoC,

wystawione i podpisane przez Podwykonawcę oraz akceptowane podpisem przedstawiciela wojskowego G. z państwa Podwykonawcy - w przypadku realizacji procesu rządowego zapewnienia jakości u podwykonawcy zagranicznego.

Wskazując na powyższe Odwołujący stwierdził, że cytowane postanowienia umowne wprowadzają obowiązek wykonawcy, polegający na przeprowadzeniu złożonej procedury odbiorczej, której maksymalny okres nie został w żaden sposób określony i który to okres uzależniony jest działania lub zaniechania podmiotu trzeciego, jakim jest Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe.

Ponadto wskazał, że punkt 8.2.2. WDTT 505, jak i WDTT 546 wyraźnie stanowią, że „dla pierwszej partii wyrobów dostarczonych zgodnie z zawartą umową badania laboratoryjne należy wykonać w laboratorium posiadającym akredytację OiB. Dla kolejnych partii dopuszcza się przeprowadzenie badań w laboratorium akredytowanym wg PN - EN ISO/IEC 17025. Jeden egzemplarz wyników badań laboratoryjnych Dostawca/Wykonawca przekazuje RPW”. Jak wynika z przywołanego powyżej pisma I.T.B.M. z dnia 8 marca 2017 r. czas przeprowadzenia badań, o których mowa w punkcie 8.2.2. WDTT 505, jak i WDTT 546 wynosi 21 dni. Uwzględniając ponadto czas niezbędny na obieg korespondencji, należy uznać, że niezbędne badania zajmują około jednego miesiąca. Tego okresu zamawiający w Załączniku nr 1 do umowy nr 1 jednak nie uwzględnił.

Jak podniósł Odwołujący ponadto § 5 ust. 7 wzoru umowy stanowi, że dostawa przedmiotu umowy będzie awizowana Odbiorcy przez Wykonawcę (faksem lub telefonicznie) nie później niż 3 dni robocze (od poniedziałku do piątku) przed terminem dostawy. Przyjęcia dostaw realizowane będą w dni robocze w godz. 8.00 - 13.00. A zatem przedmiotowe postanowienie wprowadza kolejne niezależne od wykonawcy faktyczne skrócenie czasu niezbędnego do wykonania dostawy, na który to czas wykonawca nie ma żadnego wpływu. W sytuacji gdy wykonawca awizował będzie dostawę w piątek najwcześniej w następnny czwartek będzie władny dokonać dostawy, co realnie skraca czas wykonania dostawy o sześć dni.

Wskazując na powyższe ograniczenia Odwołujący stwierdził, że faktyczny czas, którym wykonawca dysponuje na wytworzenie towarów w znaczącej ilości (10.000 kompletów bielizny i 3000 bluz) oraz uzyskanie odbioru Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego wynosi niespełna dwa tygodnie (10 - 14 dni). Nie jest to czas, który jakkolwiek wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie.

Niezależnie od powyższych ograniczeń Odwołujący podniósł, że wprowadzenie w Załączniku do umowy nr 1 wymogu dostarczenia pierwszej partii materiałów, obejmującej około 30 % całego zamówienia (zadanie nr 3 i 4) w ciągu 45 dni od daty zawarcia umowy, już tylko z powodu znaczącego zakresu ilościowego, nie jest obiektywnie możliwe.

**Dowód:** opinia biegłego z zakresu odzieżownictwa i włókiennictwa.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zupełnie nie dostrzega, że nawet termin związania oferty, który zgodnie z Rozdziałem X punktem 1 SIWZ wynosi 60 dni jest dłuższy od czasu, w którym wykonawca zobowiązany jest dostarczyć pierwszą część towarów.

Ponadto wskazał, że przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1 i 2, którym jest dostawa bielizny letniej. Uwzględniając czas niezbędny do przeprowadzenia niniejszego postępowania oraz zawarcia umowy, należy stwierdzić, że dostawa pierwszej partii bielizny (45 dni od daty zawarcia umowy) nastąpi już po upływie okresu letniego. Stąd wyznaczenie wspomnianego, nierealnie krótkiego terminu było zupełnie bezpodstawne i w żadnej mierze nie realizowało interesu zamawiającego (dostarczona bielizna nie zostanie wykorzystana w bieżącym roku kalendarzowym i bez przeszkód może zostać dostarczona do końca roku kalendarzowego), ograniczając jednocześnie dostęp wykonawców do zamówienia, co w oczywisty sposób narusza przepis art. 7 ust. 1 pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę

interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu będąc wykonawcą realizującym tego rodzaju zamówienia, zaś w jego ocenie ustalone przez Zamawiającego terminy oraz warunki kontraktowe uniemożliwiają mu złożenie ważnej oferty. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również oraz poddała ocenie dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone przez Strony i uczestników postępowania w trakcie rozprawy, w pismach procesowych oraz jako załączniki do odwołania:

1. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci 3 kolejnych pism I.T.B.M. z dnia 08.03.2017 r. (znak NCH/071/10/670/17/MM, NCH/071/10/671/17/MM oraz NCH/071/10/672/17/MM) informujących o najkrótszym możliwym terminie badania ściągacza trudnopalnego zgodnie z Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (dalej „WDTT”) dla bielizny zimowej wzór 507T/MON, bielizny letniej wzór 505T/MON oraz bluzy ocieplającej wzór 546/MON wynoszący wg zawartej informacji odpowiednio 15 dni, 15 dni oraz 10 dni;
2. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci pisma z dnia 08.03.2017 r. Wojskowego Ośrodka Badawczo – Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi (dalej „WOBWSM”) (znak Nr 304/17) wskazującego na zakres badań wykonywanych przez laboratorium podległe ww. jednostce;
3. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci pisma z dnia 10.03.2017 r. D. S., z którego wynika, że szacowany termin wykonania jednego ściągacza to czas 8 tygodni;
4. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci korespondencji mailowej z dnia 08.03.2017 r. kierowanej z adresu (...) na adres (...) dotyczącej możliwości i ewentualnego czasu produkcji ściągaczy;

5. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci korespondencji mailowej z dnia 10.03.2017 r. z adresu (...) na adresy (...), (...), (...), (...), (...) dotyczącego najkrótszego możliwego terminu przeprowadzenia prób koloru oraz wybarwienia ściągacza trudnopalnego;
6. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Zamawiającego w postaci korespondencji mailowej z dnia 21.03.2017 r. pomiędzy WOBWSM a Oddziałem Informatycznych Systemów Wsparcia Bieżącego Inspektoratu Systemów Informacyjnych dotyczący zamieszczenia na stronie internetowej CMS informacji na temat prac rozwojowych i informacji dodatkowych wskazujący, że zostały one zamieszczone w dniu 13.01.2017 r.
7. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Zamawiającego w postaci pisma z dnia 15.03.2017 r. WOBWSM w Łodzi zawierającego informacje na temat czasu trwania prac rozwojowych, koniecznych terminów do uzyskania właściwych zaświadczeń i rozpoczęcia procesu przygotowania przędzy i dzianin oraz prowadzenia badań laboratoryjnych;
8. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Zamawiającego w postaci wniosków Odwołującego o udostępnienie zaktualizowanej WDTT (pismo z dnia 21.02.2017 r. – wpływ 23.02.2017 r.), daty przekazania ww. dokumentacji WDTT;
9. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Zamawiającego w postaci pisma Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z dnia 16.03.2017 r. na okoliczność uzasadnienia krótkich terminów dostaw przedmiotów umundurowania;
10. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Zamawiającego w postaci informacji 72 Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego z dnia 21.03.2017 r. na okoliczność zwyczajowego trwania czynności odbiorczych odzieży przez przedstawiciela 72 RPW;
11. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego U.E. w postaci Protokołu odbioru wojskowego Nr 2 z dnia 12.11.2015 r., Protokół odbioru wojskowego Nr 2 z dnia 04.12.2015 r., Protokół odbioru wojskowego Nr 3 z dnia 13.11.2015 r., umowę dostawy Nr 502/20/5/2015, umowę dostawy Nr 247/20/5/2015 powołanych na okoliczność brzmienia postanowień dotyczących dostaw , jak również terminów odbioru dostarczonego asortymentu;
12. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego U.E. w postaci korespondencji mailowej z adresu pw@unifeq.eu na adresy:  
(...)  
na okoliczność wysłania zapytań odnoszących się do terminu wykonania ściągacza dla wzorów odzieży 505T, 505TM, 507T, 507TM, 546 i 546P;

13. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego U.E. w postaci Wojskowej Dokumentacji Techniczno – Technologicznej dla wzoru nr 546/MON (data za zgodność 27.11.2015 r.), dla wzoru nr 507T/MON (data za zgodność 23.11.2015 r.), dla wzoru 505T/MON (data za zgodność 16.11.2015 r.) oraz zaświadczenia z dnia 14.01.2016 r. WOBWSM w Łodzi na okoliczność dat aktualizacji zakładowych wzorów nr 546/MON, 505T/MON oraz 507T/MON na okoliczność ilości czasu potrzebnego dla wydania zaświadczenia od daty aktualizacji dokumentacji;
14. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego U.E. w postaci pisma z dnia 16.03.2016 r. skierowanego do Komendanta WOBWSM w Łodzi na okoliczność zwrócenia się z wnioskiem w ramach ustawy o dostępie do informacji publicznej dotyczących procesu aktualizacji wzorów przedmiotów umundurowania wojskowego z potwierdzeniem nadania ww. pisma.
15. Dowód z dokumentu w postaci wniosków z badań organoleptycznych dzianin wystawionych przez rzeczoznawcę Stowarzyszenia Włókienników Polskich (Łódź 16 marca 2017 r.) na okoliczność właściwości dzianiny i jej zgodności z WDTT (dotyczy wzoru 505T/MON i 507T/MON).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wszczęcie przedmiotowego postępowania miało miejsce w dniu 01.03.2017 r. na skutek opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 042 – 076506.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Następnie Izba ustaliła, że zgodnie ze Rozdziałem III SIWZ pkt 1 przedmiotem postępowania jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku

(bielizna letnia długa, bluza ocieplająca, bluza ocieplająca w kamuflażu pustynnym) w ilościach:

Zadanie nr 1: bluza letnia długa 62000 kpl. - zamówienie gwarantowane, 34.000 kpl. – zamówienie opcjonalne;

Zadanie nr 2: bielizna letnia długa 61 119 kpl. – zamówienie gwarantowane, 32.881 kpl. – zamówienie opcjonalne;

Zadanie nr 3: bluza ocieplająca 10846 szt. – zamówienie gwarantowane, 7154 szt. – zamówienie opcjonalne;

Zadanie nr 4: bluza ocieplająca w kamuflażu pustynnym 10500 szt. – zamówienie gwarantowane, 1000 szt. – zamówienie opcjonalne.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ w pkt 2 (str. 10 SIWZ) wskazał, że:

„Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 24 aa ustawy, w pierwszej kolejności dokona oceny ofert a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza według kryterium oceny ofert określonych w SIWZ, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przed udzieleniem zamówienia Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 125 ustęp 1 ustawy, w zakresie wynikający z treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu”.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale XII punkcie 1 SIWZ wskazał, że upływ terminu składania ofert przypada na dzień 14 kwietnia 2017 r. godzinę 08.00.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił w Załączniku do umowy nr I, zatytułowanym „Plan dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2017 roku” termin dostawy pierwszej części przedmiotu zamówienia „do 45 dni od daty zawarcia umowy”.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający wprowadził w § 5 ust. 1 i 2b wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ, wymogu uzyskania przez wykonawcę odbioru wojskowego każdej partii dostarczanego przedmiotu umowy, bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe przystąpi do odbioru oraz bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe zobowiązane będzie odbioru dokonać.

Izba ustaliła również, iż data zaktualizowania Wojskowej Dokumentacji Techniczno - Technologicznej Bielizny letniej długiej wzór 505T/MON i Bielizny letniej długiej marynarki wojennej wzór 505TM/MON oraz aktualną Wojskową Dokumentacją Techniczno - Technologiczną Bluzy ocieplającej wzór 546/MON oraz 546P/MON i Bluzy ocieplającej w kamuflażu pustynnym wzór 546P/MON nastąpiła 06.02.2017 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 23.02.2017 r. wystąpił do Wojskowego Ośrodka Badawczo – Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi z wnioskiem o udostępnienie aktualnych zaktualizowanych Wojskowych Dokumentacji Techniczno – Technologicznej dla asortymentu stanowiącego przedmiot postępowania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**1.** W zakresie odnoszącym się do ustalonego przez Zamawiającego terminu składania ofert (wyznaczonego na dzień 14 kwietnia 2017 r.) Izba wskazuje, iż termin ten nie narusza wskazanego w odwołaniu art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że ten ostatni dochował minimalny termin określony w przepisach oraz fakt, iż przepis regulujący tę materię nie odnosi się do czasu koniecznego do przygotowania się wykonawców do udziału w postępowaniu. Za istotne w tym zakresie Izba również uznała, że obecnie panująca tendencja prowadzi, co do zasady do skracania terminów związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania.

Tym samym wskazany przez Odwołującego wzorzec kontroli w postaci art. 43 ust. 2 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania i tym samym wydłużenia tego terminu.

**2.** W zakresie odnoszącym się do ustalonego przez Zamawiającego terminu składania ofert (wyznaczonego na dzień 14 kwietnia 2017 r.) w kontekście drugiego ze wskazanych wzorców kontroli w postaci art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.



Izba w tym miejscu wskazuje, iż na skutek ostatniej nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej z dniem 28 lipca 2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) do zasad wyrażonych w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp została wprost wprowadzona zasada proporcjonalności. Jej rozumienie i znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było niejednokrotnie przedmiotem spraw rozpoznawanych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), jak również w bardziej ogólnym znaczeniu przez Trybunał Konstytucyjny.

Wyrażona w tym przepisie zasada proporcjonalności stanowi, że wszelkie działania podmiotu zamawiającego w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego winny respektować cele tego postępowania przy zastosowaniu adekwatnych środków zmierzających do uzyskania zamierzonych wyników tego postępowania (tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, w tym z wykorzystaniem konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia określonych w art. 10 ustawy Pzp). Odnosząc się również do wskazanych przez Zamawiającego okoliczności towarzyszących przedmiotowemu postępowaniu (pilność udzielenia zamówienia) nie można pomijać koniecznych elementów procedury, w tym konieczności oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, konieczności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, jak również konieczności weryfikacji tych dokumentów przez Zamawiającego. Te elementy mogą bowiem stanowić przeszkodę w uzyskaniu zakładanego celu (możliwie szybkiego udzielenia zamówienia) na skutek swego rodzaju „pójścia na skróty” do momentu złożenia ofert i zaprzepaszczenia zysków osiągniętych na tym etapie na kolejnych etapach postępowania. Jak słusznie wskazał Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawca skrócenie terminu składania ofert może przynieść odwrotny skutek od zamierzonego i doprowadzić do przewlekłości samej procedury, zaś w skrajnym wypadku nawet do unieważnienia postępowania.

Przenosząc powyższe ogólne rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że Zamawiający winien mieć na uwadze wszelkie okoliczności mające oraz mogące mieć wpływ na prowadzoną procedurę (wszelkie elementy powiązane z prowadzonym postępowaniem – do których niewątpliwie należy określenie adekwatnego, a więc proporcjonalnego, terminu składania ofert). Zamawiający bowiem zdecydował się na prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – a więc postępowania, w którym zgodnie z treścią art. 39 ustawy Pzp, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Jeżeli zatem Zamawiający zdecydował się na taki tryb postępowania ze wspomnianej wyżej zasady wywieść należy, że winien zastosować takie elementy

towarzyszące procedurze (obejmujące również termin składania ofert) aby pozwolić osiągnąć cel jednego z podstawowych trybów udzielenia zamówienia.

Izba mając na uwadze przedstawione przez Odwołującego oraz Przystępującego po jego stronie wykonawcy U.E. dowody uznała, że zbieg terminu wszczęcia postępowania z aktualizacją WDTT dla zamawianej odzieży powoduje, że wykonawcy zainteresowani postępowaniem mają trudności z uzyskaniem właściwych zaświadczeń odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Izba podzieliła argumentację Odwołującego oraz Przystępującego U.E., że termin ten rozpoczął swój bieg z dniem wszczęcia postępowania, tj. z dniem 1 marca 2017 r. Procedura aktualizacji dokumentacji WDTT dla zamawianej odzieży nie jest elementem procedury ubiegana się o zamówienie publiczne i nie może być „wliczana” do terminów właściwych dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie stanowisko Izby jest również wynikiem faktu, że jak wskazał Odwołujący na etapie rozprawy, w ramach przedmiotu wprowadzono nową dzianinę ściągaczową, zaś z informacji na stronie ośrodka w Łodzi o samej procedurze nie można było uzyskać informacji o zakresie zmiany. Wykonawca wszakże wnosił o włączenie go do prac nad nowym wzorem – nie uzyskując w tym zakresie akceptacji dla takiej procedury.

W tym miejscu Izba wskazuje, mając na uwadze twierdzenia Zamawiającego oraz dowody przedstawione przez Odwołującego, że ten pierwszy nie może zakładać i wymagać, że wykonawcy złożą w ramach postępowaniach oferty wraz z dokumentem Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) zawierającym oświadczenie, co do spełnienia przez przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego, zaś w przypadku uzyskania stosownych zaświadczeń uzupełnią dokumenty na żądanie podmiotu zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że przy wykorzystaniu formularza JEDZ wykonawcy składają własne oświadczenia wiedzy, które mogą być badane pod kątem ich prawdziwości. Zakładanie przez Zamawiającego, że wykonawcy złożą takie oświadczenia bez pewności uzyskania dokumentu docelowego jest nieuprawnione i nie może stanowić usprawiedliwienia dla takiego skonstruowania postępowania i procesu składania ofert. W ramach tzw. „procedury odwróconej” wykonawcy nie mogą być zmuszani do składania niezgodnych z prawdą oświadczeń, w tym składania nieodpowiedzialnych ofert narażając się na utratę wadium. Procedura uzupełniania dokumentów winna dotyczyć, co do zasady dokumentów istniejących i znajdujących się w posiadaniu wykonawcy. Tylko wówczas można przyjąć, że racjonalny wykonawcałoży pozytywne oświadczenie w tym zakresie w formularzy JEDZ.

Zamawiający znając rynek i potencjalnych wykonawców, w trybie, który wybrał do udzielenia zamówienia, winien umożliwić wykonawcom złożenie ważnych ofert. Takie są bowiem konsekwencje zastosowania do udzielenia przedmiotowego zamówienia trybu przetargu nieograniczonego przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Nie można

bowiem doprowadzić do sytuacji, że pod fasadą najbardziej konkurencyjnego i przejrzystego trybu udzielenia zamówienia kryje się postępowanie z tak dobranymi elementami procedury, że ogranicza w znaczny sposób krąg potencjalnych wykonawców. Jeżeli Zamawiający nie mógł zapewnić prawidłowego biegu postępowania konkurencyjnego, kierując się uzasadnionymi ważkimi powodami, mógł rozważyć udzielenie zamówienia w innym trybie – przy spełnieniu ustawowych przesłanek.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie Odwołujący wykazał, że przy dochowaniu należytej staranności i wszczęciu procesu uzyskania produktu spełniającego wymagania Zamawiającego, nie jest on w stanie dochować terminu gwarantującego złożenie ważnej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że na skutek ustalenia nieadekwatnego do stwierdzonych okoliczności faktycznych (w szczególności związanych z dokumentami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia) terminu składania ofert Zamawiający naruszył wskazany w treści odwołania art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do żądania sformułowanego przez Odwołującego w zakresie terminu składania ofert Izba poddała analizie złożone w ramach postępowania dowody oceniając założenia poczynione przez Odwołującego, co do możliwego terminu uzyskania aktualnego zaświadczenia odnoszącego się do przedmiotu zamówienia. Izba uwzględniła również w tym zakresie oświadczenie zaprezentowane przez Odwołującego na rozprawie, w którym zostało wskazane, że „Sama procedura administracyjna związana z uzyskaniem akceptacji nowych warunków obejmuje 17- dniowy okres. Do tego dochodzi okres pobrania do akceptacji próbki przez przedstawiciela zamawiającego, który wynosi minimum 8 dni”. Izba uwzględniła również oświadczenie przedstawiciela Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi odnoszące się do terminów wydawania zaświadczeń.

Izba nie uwzględniła twierdzeń odnoszących się do minimalnego terminu wskazanych przez Przystępującego U.E.. W toku rozprawy ww. wykonawca wskazał, że: „Z dokumentów wynika, że procedura trwa minimum 18 tygodni, zaś Zamawiający przeznaczył na składanie ofert 44 dni. (...) Zatem wskazany przez odwołującego minimalny okres 48 dni jest i tak bardzo krótki”. Izba wskazuje bowiem, że oświadczenia Przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności do oświadczeń Strony do której przystąpił, nie mogą również zmierzać do modyfikacji żądań zawartych w treści odwołania.

Tym samym Izba uznała, że czas obejmujący okres od dnia 1 marca 2017 r. do dnia 15 maja 2017 r. jest wystarczający na uzyskanie przez wykonawców stosownych dokumentów dokonując w tym zakresie miarkowania żądania zgłoszonego w treści odwołania. W ocenie Izby wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni pozwoli wykonawcom

przeprowadzić procedurę uzyskania zaświadczenia dla nowego wzoru tkaniny przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesów Zamawiającego.

**3.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odnoszącego się do ujętego w projekcie umowy terminu dostawy pierwszej partii odzieży (ustalonego na poziomie 45 dni) Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać bowiem należy, że co do zasady naruszenie przepisów ustawy Pzp na skutek sformułowania postanowień umowy ma miejsce wówczas gdy dochodzi do uprzywilejowania któregokolwiek z wykonawców kosztem pozostałych lub mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia w rozumieniu art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Hipotetyczna lub realna trudność w realizacji przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy uwzględnienia zarzutów nakierowanych na swego rodzaju „zluzowanie” rygorów umowy na korzyść wykonawców. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że takie postanowienia umowy dyskryminują lub czynią uprzywilejowanymi któregokolwiek z wykonawców. W ocenie Izby postanowienia te są identyczne dla każdego wykonawcy zainteresowanego postępowaniem, nie stanowią przeszkody w udziale w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne.

Jak argumentował w toku rozprawy Przystępujący U.E. „Tutaj zamawiający przyjął 45 dni dla najistotniejszego terminu, a więc tego, w którym wykonawcy dokonują zasadniczych czynności, zawierają umowy z poddostawcami i rozpoczynają produkcję. Terminy, o których wydłużenie wnioskuje odwołującemu mają zasadniczy wpływ na udział wykonawców w postępowaniu.”, co wskazuje, że trudności te mają zasadniczo charakter organizacyjny i logistyczny – co nie oznacza automatycznie, że doszło do naruszenia zasad uregulowanych w ustawie Pzp.

Ewentualna trudność w dochowaniu terminu dostawy pierwszej partii odzieży winna skłonić wykonawców do poszukiwania rozwiązań organizacyjnych pozwalających im na należyte spełnienie świadczenia. Wśród tych rozwiązań, co jest częstą praktyką w zamówieniach, których przedmiotem są roboty budowlane, jest sumowanie potencjałów wykonawców, czy to w ramach konsorcjów, czy też przez poleganie na zasobach innych podmiotów. Takie działanie pozwala na zsumowanie potencjałów ekonomicznych, finansowych, organizacyjnych i produkcyjnych w celu zagwarantowania prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Jeżeli zatem istniejące rozwiązania prawne i organizacyjne pozwalają na zniwelowanie takich trudności nie można mówić o naruszeniu przepisów przez Zamawiającego. Tym samym Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art.

29 st. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek określenia w projekcie umowy 45-cio dniowego terminu dostawy pierwszej partii odzieży.

4. W zakresie zarzutu obejmującego wprowadzenie w § 5 ust. 1 i 2b wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ wymogu uzyskania przez wykonawcę odbioru wojskowego każdej partii dostarczanego przedmiotu umowy, bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe przystąpi do odbioru oraz bez określenia terminu, w którym Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe zobowiązane będzie odbioru dokonać Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zarzut ten został przez Odwołującego oparty na hipotezach i przypuszczeniach nie popartych żadnymi dowodami. Są to bowiem przypuszczenia wykreowane przez Odwołującego w oderwaniu od treści postanowień umowy, jak również istniejącej w tym zakresie praktyki – na którą wskazał Zamawiający, a którym to twierdzeniem Odwołujący i przedstawionym dowodom w postaci pism ten ostatni nie zaprzeczył.

Dodatkowo Zamawiający w toku rozprawy dokonał wykładni postanowień projektu umowy związanych z czynnościami odbioru, powołując się na dotychczasowe zwyczaje i praktykę w tym zakresie, która to wykładnia może zostać uznana za rodzaj wykładni autentycznej. Zamawiający bowiem wskazał na rozprawie, że: „W zakresie zarzutów 5 i 6 wskazuje, że ujęty w § 7 pkt 3 umowy termin jest zastrzegany i uzgadniany między zgłaszającym i przyjmującym zgłoszenie, następuje on niezwłocznie z reguły do 14 dni. Z pism dołączanych do odpowiedzi wynika jednak, że termin zamyka się w 5 dniach”.

Z tego też powodu wykładnia ta będzie stanowić wytyczne dla interpretacji postanowień umowy na etapie jej realizacji w oparciu o treść art. 65 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że tezy zawarte w treści odwołania oraz prezentowane na rozprawie twierdzenia o przypuszczalnym uprzywilejowaniu niezidentyfikowanych wykonawców przez ich dopuszczenie do udziału w procesie aktualizacji dokumentacji WDTT pozostały jedynie w sferze domysłów nie popartych żadnymi dowodami. W tym zakresie Odwołujący nie postawił również odrębnych zarzutów, co przesądziło o tym, że Izba uznała je jedynie jako element argumentacji użytej na poparcie innych zarzutów. Jak oświadczył na rozprawie Komendant Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi to właśnie ten podmiot był odpowiedzialny za opracowanie nowych wzorów umundurowania i aktualizację dokumentacji WDTT, który to proces odbył się wg zapewnień przedstawiciela tego Ośrodka bez udziału podmiotów zewnętrznych.

Przedstawiciel WOBWSM w Łodzi wskazał również w toku rozprawy na decyzję Ministra Obrony Narodowej Nr 314 opublikowaną w Dzienniku Urzędowym z 2013 poz. 274, z której wynika, że nowe przedmioty wdraża ośrodek, którym kieruje komendant i to Ośrodek

posiada prawa autorskie do wdrażanych nowych elementów wyposażenia. W ramach tych prac prowadzone są badania laboratoryjne przez niezależne i monitorowane jednostki, w tym wyposażone również w akredytację otrzymaną przez Ministerstwo Obrony Narodowej.

Odwołujący nie odniósł się do tego oświadczenia, nie zaprezentował również w tym zakresie żadnych dowodów przeciwnych – a zatem Izba przyjęła te oświadczenia i dała im wiarę.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

