

Sygn. akt IV Ca 487/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 czerwca 2017 r.

Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Iwona Wróblewska-Pokora (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Truskolaska-Żuczek

SO Paulina Wawrzynkiewicz

Protokolant: protokolant sądowy Magdalena Wierzchowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2017 r. w Warszawie

sprawy z odwołania Towarzystwa (...) S.A., Przedsiębiorstwa (...) i Zakładu (...) S.A.

przeciwko zamawiającemu (...) w W.

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi zamawiającego (...) Regionalnej Bazy Logistycznej w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 73/17

- I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że z pkt. 1 ppkt 2 usuwa słowa „lub określenie koloru za pomocą obiektywnej metody oceny koloru (np. CIElab, współczynnik delta)” oraz dodaje pkt 3. o treści „oddala odwołanie w zakresie żądania określenia koloru za pomocą obiektywnej metody oceny koloru (np. CIElab, współczynnik delta)”;
- II. oddala skargę w pozostałym zakresie,
- III. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania przed Sądem Okręgowym.

Małgorzata Truskolaska – Żuczek Iwona Wróblewska – Pokora Paulina Wawrzynkiewicz

Sygn. akt IV Ca 487/17

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 24 stycznia 2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO)

- w pkt 1. uwzględniła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwa (...) S.A., Przedsiębiorstwa (...), Zakłady (...) S.A., (ul. (...) bud. (...), (...) Ł.) i nakazała zamawiającemu (...) Regionalnej Bazy Logistycznej w W. zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ poprzez:

1) precyzyjne określenie zakresu i warunków, od spełnienia których będzie zależało skorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji,

2) wprowadzenie do treści postanowień SIWZ postanowienia o udostępnieniu wykonawcom próbki poszczególnych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia lub określenie koloru za pomocą obiektywnej metody oceny koloru (np. CIElab, współczynnik delta),

3) w konsekwencji przedłużenie terminu do składania ofert o co najmniej 2 tygodnie,

4) precyzyjne wyszczególnienie w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej elementów, które zamawiający uzna za odpowiadające przedmiotowi zamówienia (w zakresie przeznaczenia i funkcji);

- w pkt 2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego i w pkt 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz w pkt 2.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołujących kwotę 18.600 zł - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO wskazała, że zamawiający – (...) Regionalna Baza Logistyczna w W. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.-dalej „pzp”), postępowanie, którego przedmiotem jest „dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania tj. mundury, spodnie, bluzy, kurtki, peleryny, płaszcze w 2017 roku z podziałem na 19 części (zadań)”. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S\_250-460681 z 23 grudnia 2016 r.

Towarzystwo (...) S.A., Przedsiębiorstwo (...) i Zakłady (...) S.A. ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, wniosły odwołanie do Prezesa KIO, zarzucając naruszenie:

- art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 Pzp poprzez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, tj. bez wskazania warunków i rozmiaru poszczególnych opcji, co uniemożliwia najkorzystniejszą dla zamawiającego wycenę oferty oraz powoduje rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji;

- art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a i ust. 1b ppkt 3 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, jak i poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ konkretyzacji warunków udziału dotyczących wymagań w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej wykonawców sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak i poprzez postawienie warunków, które wprost preferują dotychczasowych dostawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców także zdolnych do jego realizacji;

- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez preferowanie wykonawców, którzy obecnie realizują na rzecz zamawiającego analogiczne zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że odwołującym przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, uznała, że zasadne były zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 Pzp poprzez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, tj. bez wskazania zakresu i warunków, od spełnienia których

będzie zależało skorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji, jak równie terminu opcji, co może uniemożliwić wykonawcy zrealizowanie zamówienia w przewidzianym terminie.

KIO wskazała także, że uzasadniony był zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Izba podkreśliła, że zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dowolny, o tyle, o ile jest to uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie uzasadnił braku przekazania wykonawcom wzorca z powołaniem na obiektywne przeszkody, natomiast nieprzekazanie wykonawcom tego próbnika stanowiło okoliczność utrudniającą złożenie oferty, gdyż powodowało subiektywną ocenę koloru tkaniny.

Ostatecznie KIO podkreśliła, że zamawiający powinien dokonać jasnego opisu warunku udziału w postępowaniu, gdyż użyte przez zamawiającego pojęcie „tożsama funkcja i przeznaczenie przedmiotu dostawy” może budzić wątpliwości i jest niejasne. W ocenie Izby nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający określił jednoznacznie elementy, które uzna za spełniające wymagania na etapie oceny ofert.

W konsekwencji uwzględnienia powyższych zarzutów Izba nakazała zamawiającemu dokonanie przedłużenia terminu składania ofert o co najmniej 2 tygodnie.

KIO nie uwzględniła zarzutu dotyczącego rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ rozdział V, punkt 6.1., wskazując, że zwięzła treść ogłoszenia o zamówieniu wynika z ograniczonej liczby znaków, jakie można wpisać do ogłoszenia. Izba nie uwzględniła też zarzutu dotyczącego braku procedury odwoławczej w przypadku negatywnej oceny wzoru zakładowego PUiW, podkreślając, że WOBWSM jest jednostką odrębną od zamawiającego i w przypadku wyrządzenia szkody odwołującemu, jednostka ta ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach określonych w powszechnie obowiązujących przepisach, niezależnie od woli działań podjętych przez zamawiającego.

Od powyższego wyroku skargę wniósł zamawiający (...)Regionalna Baza Logistyczna w W., zaskarżając go w części w zakresie pkt 1 ppkt 2 i zarzucając naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że opisanie zamówienia przez zamawiającego nie nastąpiło w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem błędne przyjęcie, że dokonany przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję;

- art. 191 ust. 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wydanie wyroku z pominięciem okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. faktu, że zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co doprowadziło KIO do błędnego ustalenia, iż zamawiając nie opisał przedmiotu zamówienia w taki sposób, a jednocześnie w zaskarżonym orzeczeniu brak jest wykazania przesłanki w jaki sposób to rzekome naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;

- art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 listopada 2006 roku o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa oraz § 3 pkt 4 rozporządzenia MON z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania obecny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa i grupy 14 pkt 23 załącznika do rozporządzenia zawierającego szczegółowy wykaz wyrobów podlegających ocenie zgodności, poprzez ich niezastosowanie i nakazanie zamawiającemu wykonanie czynności opisanej w zaskarżonej części wyroku, w sytuacji gdy zamawiający prawidłowo dokonał opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzając postanowienia umożliwiające wykonawcom udostępnienie poszczególnych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, jak również określenie koloru w oparciu o metody wypracowane przez

jednostkę niezależną od zamawiającego, certyfikowaną przez MON rozporządzeniem, jaką jest Wojskowy Ośrodek Badawczo- Wdrożeniowy Służby Mundurowej (dalej WOBWSM).

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części to jest w zakresie pkt 1 ppk 2 wyroku i o oddalenie odwołania wykonawcy w tym zakresie oraz zasądzenie od wykonawcy na rzecz zamawiającego kosztów postępowania skargowego.

Ponadto skarżący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci decyzji Nr

(...) z dnia 11 maja 2016 roku wraz załącznikiem, na okoliczność jej treści, w tym zakresu akredytacji udzielonej Pracowni Certyfikacji wyrobów WOBWSM w Ł..

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Skarga zasługiwała jedynie na częściowe uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że prawidłowo uznała Krajowa Izba Odwoławcza, że zamawiający naruszył, wynikający z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, warunek dotyczący opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenia oferty, co w konsekwencji miało wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga, że sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego i ma wpływ na złożenie oferty. Zaniechanie wystarczającego opisanego przedmiotu zamówienia, w szczególności odsyłanie do informacji posiadanych przez inne podmioty stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp. Podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów, wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Ww. dokumenty są wiążące dla wykonawców, dlatego powinny być wyczerpujące, precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji do złożenia oferty. Bez wątpliwości powyższym wymaganiom nie czyni zadość odesłanie wykonawców do oglądania wzorów jakimi dysponuje WOBWSM w Ł. czy podmiot trzeci, który jest dotychczasowym dostawcą tkanin i elementów umundurowania.

Trafnie zatem wskazała KIO, że brak obiektywnego zdefiniowania koloru przedmiotów zamówienia, związany z brakiem udostępnienia przez zamawiającego, wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, próbnika tkanin, może prowadzić do trudności z odtworzeniem przez wykonawców wymaganej przez zamówienie barwy tkaniny. Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty może bowiem jedynie udać się do siedziby podmiotu trzeciego (WOBWSM w Ł.) celem obejrzenia próbki materiału pod kątem jej barwy i faktury. Okoliczność ta nie jest natomiast wystarczająca do późniejszego odtworzenia barwy i faktury w zakładzie produkcyjnym wykonawcy jedynie na podstawie samego opisu koloru i konstrukcji tkaniny. Prowadzić to może w konsekwencji do problemów z uzyskaniem przez wykonawcę, wymaganego przez Sekcję V pkt V.3 ppkt 9 SIWZ, aktualnego zaświadczenia wystawionego przez podmiotu uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Ł.), niezbędnego do zgłoszenia oferty w przepisany terminie. Okoliczność ta może także wpłynąć na zasady uczciwej konkurencji, w sytuacji gdy część wykonawców dysponuje już próbnikiem tkanin, używanym przy poprzednich zamówieniach, jak również współpracuje z producentami tkanin przechowywanych jako wzory w WOBWSM.

Zgodzić się także należy ze stanowiskiem wykonawcy, przedstawionym w odpowiedzi na skargę zamawiającego (k. 84), że samo udostępnienie do wglądu Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT, Warunków Technicznych (WT) i Przedmiotowych Warunków Technicznych (PWT) dotyczących wyrobów metrażowych (tkanin, dzianin, laminatów) oraz wzorów PUiW, nie jest wystarczające. We wskazanych wyżej dokumentach znajdują się bowiem jedynie zapisy określające wymagania techniczne niezbędne do odtworzenia materiałów włókienniczych i wzorów zakładowych bez próbek tkanin. Trafnie także wskazał wykonawca że proponowane przez zamawiającego

metody utrwalenia koloru za pomocą fotografii koloru, korzystania z wzornika P. lub mobilnego spektrofotometra nie mogą być uznane za wystarczające.

Za nietrafne należy uznać twierdzenia zamawiającego, przedstawione na posiedzeniu przed KIO w dniu 19 stycznia 2017 roku, jak i złożone na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 18 maja 2017 roku, że przeszkodą dla wydania wzorca tkaniny jest „posiadanie go tylko przez ośrodek (WOBWSM –przyp.), który tego wzorca nie wydaje, być może dlatego, aby zachować kontrolę” (k.41), jak również okoliczność że „sposób przechowywania przez wykonawcę próbki może mieć wpływ na jej kolor” (k.101). Jak wynika bowiem z materiału sprawy próbkami tkanin dysponują także inni przedsiębiorcy, który brali udział we wcześniejszych postępowaniach, jak również producent tych tkanin (k. 12, 12v.). W ocenie Sądu Okręgowego, brak jakichkolwiek podstaw do uznania, że zamawiający, jak podmiot profesjonalnie zajmujący się składaniem zamówień na dostawy umundurowania i przeprowadzający wcześniejsze zamówienia na tożsame produkty, nie może sam (nawet we współpracy z WOBWSM), przygotować próbek tkanin z zadań określonych zamówieniem, jak również poinformować wykonawców o właściwym sposobie przechowywania tych tkanin.

Ostatecznie wskazać należy, że błędnie wskazał skarżący, że przyjęty przez KIO wymóg udostępnienia przez zamawiającego próbnika tkanin wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu stoi w sprzeczności z art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 listopada 2006 roku o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (ustawa OIB) oraz § 3 pkt 4 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (rozporządzenie OIB). Przewidziany bowiem przez art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy OIB w zw. z pkt 23 Grupy 14 załącznika do rozporządzenia OIB, wymóg oceny zgodności tkanin na mundury galowe, wyjściowe i służbowe, według certyfikacji przeprowadzonej przez jednostkę certyfikującą nie został naruszony. Wykonawca przystępujący do przetargu w dalszym ciągu, stosownie do Sekcji V pkt V.3 ppkt 9, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zobowiązany będzie do przedłożenia aktualnego zaświadczenia (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta WOBWSM) wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Ł.). Fakt natomiast udostępnienia wykonawcom próbek materiałów spowoduje tylko, że procedura uzyskania zaświadczenia będzie przebiegać sprawniej i z mniejszym nakładem kosztów ze strony wykonawców.

Z przyczyn wskazanych powyższej w tym zakresie skarga podlegała oddaleniu o czym Sąd Okręgowy orzekł w punkcie II. wyroku na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 1 Pzp.

Słuszne są natomiast zarzuty skargi, dotyczące dokonania przez Krajową Izbę Odwoławczą niewłaściwej interpretacji ww. warunku, wynikającego z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, poprzez błędne przyjęcie, że określenie koloru powinno nastąpić także (poza przekazaniem próbnika tkanin) za pomocą obiektywnej metody oceny koloru (np. CIELab, współczynnik delta).

Jak wynika bowiem z materiału sprawy wystarczającym dla spełnienia warunku określonego we ww. przepisach, dotyczącego dostatecznego sprecyzowania przedmiotu zamówienia w zakresie koloru, będzie wydanie przez zamawiającego próbnika tkanin. Okoliczność tę przyznał sam przedstawiciel wykonawcy podczas rozprawy przed Sądem Okręgowym w dniu 18 maja 2017 roku „nie chodzi nam o to żeby korzystać tylko z CIELab. Gdybym ja dostał oficjalny wzornik tkaniny to by mi wystarczyło”(k. 101). Powyższe jednoznacznie wskazuje, że zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie do treści postanowień SIWZ postanowienia o udostępnianiu wykonawcom próbki poszczególnych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia w sposób dostateczny, jednoznaczny i wyczerpujący wypełni wymagania w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie barwy tkanin, stosownie do art. 29 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga jednocześnie, że stosownie do stanowiska WOBWSM (z której to instytucji wykonawcy muszą przedstawić zaświadczenie), powołanego w skardze przez zamawiającego, określanie barw umundurowania wyjściowego za pomocą charakterystyk spektralnych barw CIELab nie gwarantuje zachowania tego samego odcienia koloru (k.56). Tym samym nie gwarantuje, że oferta nie zostanie

odrzucona z uwagi na potencjalną różnorodność barw, co powoduje, iż taki warunek nie spełnia przesłanek przewidzianych w art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie jasnego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 Pzp orzekł, jak w punkcie I. wyroku.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 P.z.p. w zw. z art. 198a ust. 2 Pzp i art. 100 k.p.c. Skarga została bowiem uwzględniona jedynie w części, koszty postępowania powinny być wzajemnie zniesione

Wobec powyższego Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji wyroku.

Małgorzata Truskolaska – Żuczek Iwona Wróblewska – Pokora Paulina Wawrzynkiewicz