

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 2 lutego 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 stycznia 2023 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**3 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Montelupich 3
30-901 Kraków**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/89/22/DKZP, przekazanej Zamawiającemu pismem z 23 grudnia 2022 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *„Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania — trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Członkowie: **Emilia Garbala**

Ernest Klauziński

wyraża następującą opinię:

- zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie –

UZASADNIENIE

Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania — trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 stycznia 2020 r. pod numerem nr 2020/S 013-025754.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w informacji o jej wyniku naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”.

Na podstawie Protokołu kontroli KND/89/22DKZP Izba stwierdziła, że w toku kontroli Prezes Urzędu ustalił w szczególności, co następuje:

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazał co następuje:

W sekcji III pkt 5, 6 i 8 SIWZ wskazano:

„5. Przedmioty zamówienia muszą spełniać wymagania określone w Wojskowych Dokumentacjach Techniczno-Technologicznych (WDTT) stanowiących załączniki do SIWZ:

- *nr 5 A - WDTT 933A/MON (zadania nr 1 i 2);*
- *nr 5 B - WDTT 303/MON (zadania nr 3) wraz z Przedmiotowymi Warunkami Technicznymi*

6. Wymagania techniczno-technologiczne są integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia.

8. Wykonawca dostarczy przedmioty zamówienia wyprodukowane według wymagań określonych w wyżej wymienionych WDTT, stanowiących załączniki nr 5A i 5B do SIWZ.

W treści Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej „Trzewiki zimowe Wzór 933A/MON” stanowiącej załącznik nr 5A do SIWZ wskazano co następuje:

- 1) *Pkt 3.1, tablica 1, lp. 19, 20: Nazwa materiału: Włóknina typu „thinsulate BZ”;*

Sygn. akt KIO/KD 1/23

wymagania:

65% polipropylen + 35% poliester, 210g/m² ±5%;

2) Pkt 3.1, tablica 1, lp. 21: Nazwa materiału: Włóknina typu „thinsulate BZ”; wymagania: 65% polipropylen + 35% poliester, 420g/m² ±5%;

3) Pkt 3.1, tablica 1, lp. 36: Nazwa materiału: Guma olejoodporna, antyelektrostatyczna typu „Wibram” w kolorze czarnym; wymagania: wg tablicy 4 oraz wzoru.”.

Jak wynika z protokołu kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę:

- w zakresie części 1 („Trzewiki zimowe”) - wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR M.D., na kwotę 8 871 379,92 zł,
- w zakresie części 2 („Trzewiki zimowe”) - wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR M. D. na kwotę 9 582 487,20 zł,
- w zakresie części 3 („Koszula koloru białego”) - wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów ELREMET, na kwotę 174 660,00 zł.

W wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Prezesa Urzędu, w kontekście zarzutu dotyczącego wskazania w opisie przedmiotu zamówienia odniesienia do znaków towarowych oraz pochodzenia produktów od konkretnych producentów, jak również przyczyn, z uwagi na które nie wskazał wyrazów „lub równoważny”, Zamawiający wskazał, że posłużenie się przez niego w opisie przedmiotu zamówienia następującymi nazwami producentów: a) nazwą producenta ociepliny Thinsulate, b) nazwą producenta gumy obuwniczej Vibram, wynika z tego, że Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna (WDTT) 933A/MON określa w Wykazie materiałów zasadniczych i dodatków — Tablica 1 zastosowanie materiałów i dodatków za pomocą jasno określonych składów surowcowych i procentowych poszczególnych elementów trzewików. Użycie słów typu „thinsulate BZ” i typu „Wibram” miało jedynie charakter przykładowy. Zamawiający nie sugerował nazwy producentów jak wskazuje Wnioskodawca, tylko materiały i dodatki danego typu jakie winny zostać zastosowane do produkcji trzewików zimowych. Użyte do wykonania wyrobu materiały miały spełniać wymagania określone w ww. WDTT tablica 1 i tablica 4, a zastosowane w WDTT zapisy: "typu" „thinsulate BZ” i typu „Wibram” oznaczają każdy równoważny wyrób i nie wskazywały na konieczność stosowania w przedmiocie produktów (elementów składowych wyrobu) od konkretnych producentów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie dopuszczenia przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych wyjaśnił, że Wojskowa Dokumentacja Techniczno - Technologiczna (WDTT) 933A/MON posługuje się przede wszystkim jasno określonym składem surowcowym, określa procentowe rozłożenie danych składników i dopuszcza poziomy tolerancji poprzez użycie zapisów +/- . Powyższe

zapisy nie naruszają w żadnym razie dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Ponadto Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło od potencjalnego Wykonawcy zapytanie o treści: „Zwracamy się z pytaniem czy zamawiający dopuszcza zastosowanie dodatków do produkcji koszul od innego dostawcy niż sugerujące dane zapisane w załącznikach A tabela A. 1. i tabela A.2 w WDTT koszula koloru białego, koloru stalowego, koloru khaki wzór 303/MON, Obecny zapis dokumentacji WDTT wskazuje w sposób bezpośredni na konkretnego producenta przedmiotowych dodatków, gdyż zostały wpisane precyzyjnie symbole producenta”, na które udzielił odpowiedzi o treści: „Zamawiający informuje, że w przedmiotowej Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT) wzór 303/MON w tablicy 1 oraz w tablicach A. 1 i A.2 Załącznika A, użyto w odniesieniu do wkładów odzieżowych sformułowania „tkany wkład odzieżowy z klejem typu artykuł...”. Użycie słowa „typu” wskazuje jednoznacznie, że nie jest wymagany konkretny (wskazany) artykuł, podanie oznaczenia artykułu ma jedynie charakter informacyjny — istotne jest spełnienie przez materiały zastosowane do wykonania przedmiotu dostawy wymagań techniczno-użytkowych opisanych w Załączniku A tablica A1 i A.2”.

Ustosunkowując się do wniosku o wyjaśnienie przyczyn, z uwagi na które wskazał w opisie przedmiotu zamówienia odniesienia do znaków towarowych oraz pochodzenia produktów od konkretnych producentów, jak również przyczyn, z uwagi na które Zamawiający nie wskazał wyrazów „lub równoważny” oraz o wyjaśnienie czy i w jaki sposób Zamawiający weryfikował zgodność treści ofert z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie cech produktu, o których mowa w pkt 19, 20, 21, 36 Tablicy 1 w załączniku 5A do SIWZ (WDTT), Zamawiający wskazał, że Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej (WOBWSM) w Łodzi w opracowanej Wojskowej Dokumentacji Techniczno -Technologicznej (WDTT) do produkcji seryjnej na Trzewiki zimowe Wzór 933A/MON, aktualnej w okresie prowadzenia postępowania przez Zamawiającego, w rozdziale 3.1 Wykaz materiałów zasadniczych i dodatków, Tablica 1, punkty 19, 20, 21 użył po pierwsze jasnych składów surowcowych, określił poziomy tolerancji dla ich rozkładów procentowych. W taki sposób nastąpiło opisanie przedmiotu zamówienia. Użycie zwrotu typu thinsulate BZ i zwrotu typu Wibram było jedynie wskazaniem pomocniczym. Biorąc pod uwagę, że zgodnie z definicją PWN, „typ” jest to „wzór, któremu odpowiada pewna seria przedmiotów” oraz tym, że WOBWSM dodatkowo wskazał wymagania, co do elementów obuwia w kolumnie 4 ww. tablicy, które mogą być spełnione przez innych producentów, twierdzenie, że w WDTT wskazano jedynie konkretnych producentów jest nieprawdziwe. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie sugerował nazw producentów jak wskazuje Wnioskodawca, tylko materiały i dodatki danego typu zastosowane do produkcji trzewików zimowych. Użyte do wykonania wyrobu materiały powinny spełniać wymagania określone w ww. WDTT tablica 1 i tablica 4, a zastosowane zapisy "typu" oznaczają każdy równoważny wyrób i nie wskazują na konieczność stosowania w przedmiocie

produktów (elementów składowych wyrobu) od konkretnych producentów, Użyte do wykonania wyrobu materiały powinny spełniać wymagania określone w ww. WDTT tablica 1 i tablica 4, a zastosowane zapisy "typu" oznaczają każdy równoważny wyrób i nie wskazują na konieczność stosowania w przedmiocie produktów (elementów składowych wyrobu) od konkretnych producentów.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Stosownie do treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Prezes Urzędu uwzględniając przedstawione okoliczności faktyczne i prawne stwierdził, że Zamawiający w treści SIWZ opisał przedmiot zamówienia wskazując znaki towarowe przynależne określonym przedsiębiorcom. Na podstawie informacji zamieszczonych na stronie Urzędu Unii Europejskiej do spraw Własności Intelektualnej (<https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002984334>; <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002673358>), z uwzględnieniem zawartej w art. 120 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (taj. Dz.U. z 2021 r. poz. 324) definicji znaku towarowego, Prezes Urzędu stwierdził, iż zarówno marka „Thinsulate” jak również „Vibram” stanowią znaki towarowe w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 zastrzeżone na rzecz odpowiednio „3M Company” oraz „Vibram S.p.A.”. Prezes Urzędu podkreślił, że przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 przewiduje 3 przesłanki, których kumulatywne spełnienie wyłącza generalny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia m.in. przez wskazanie znaków towarowych, które to przesłanki stanowią:

- 1) uzasadnienie specyfiką przedmiotu zamówienia;
- 2) niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń;
- 3) wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Jednak, jak wskazał Kontrolujący, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot badania w toku przedmiotowej kontroli powyższe przesłanki nie

zostały spełnione. Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający nie przedstawił w toku kontroli argumentacji wskazującej na istnienie specyfiki danego przedmiotu zamówienia uzasadniającej opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych. Według Prezesa Urzędu zamówienie na dostawę obuwia jest zamówieniem zasadniczo typowym, a Zamawiający nie wskazał także na żadne okoliczności i zależności, z których wynikałaby odmienność danego przedmiotu zamówienia od zamówień, do których stosowane są ogólne reguły formułowania opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, zdaniem Prezesa Urzędu, Zamawiający miał możliwość opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwoływania się do znaku towarowego, co wynika przede wszystkim z faktu sprecyzowania przez Zamawiającego szczegółowej charakterystyki żądanych produktów w sekcji „Wymagania” tablicy 1 w pkt 3.1 Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej „Trzewiki zimowe Wzór 933A/MON” stanowiącej załącznik nr 5A do SIWZ. Również w treści wyjaśnień przekazanych do Urzędu w dniu 12 lipca 2022 r. Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności, z których wynikałaby niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwołania się do znaków towarowych, a zastosowane przez Zamawiającego w treści wyjaśnień sformułowanie użyte do wykonania wyrobu materiały powinny spełniać wymagania określone w ww. WDTT tablica 1 i tablica 4 należy uznać za potwierdzające, iż taka możliwość istniała. Kontrolujący zwrócił uwagę na wyjątkowy charakter regulacji dającej możliwość odstąpienia od generalnej zasady niestosowania odniesień do znaków towarowych przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, wskazując, że musi być ona interpretowana ściśle. Oznacza to, że Zamawiający nie ma możliwości dowolnego wyboru pomiędzy opisywaniem przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych albo bez ich użycia w sytuacji, gdy może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwołania do takiego znaku. W szczególności brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający ma możliwość stosowania znaków towarowych jako sformułowań pomocniczych, mających doprecyzować opis przedmiotu zamówienia, podczas gdy możliwość precyzyjnego określenia tego przedmiotu możliwa jest bez odniesienia do znaku towarowego. Fakt zaistnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń z góry wyłącza potencjalne uprawnienie Zamawiającego do posilkowania się odwołaniem do znaku towarowego przy opracowywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu podkreślił także, że Zamawiający pomimo określenia przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych nie użył wyrazów „lub równoważny”. Nie zgodził się z Zamawiającym, że dopuszczalność zastosowania produktów równoważnych w postępowaniu wynikała z użycia przez Zamawiającego sformułowań synonimicznych (tj. „typu”). Kontrolujący odnosząc się do powyższego wskazał, że treść przesłanki, o której mowa w pkt 3) wyłącza *a contrario* możliwość zastąpienia sformułowania „lub równoważny”

jakimkolwiek innym zwrotem, niezależnie od jego możliwego zbliżonego znaczenia słownikowego. Ścisły formalizm danej przesłanki wyłącza jednocześnie możliwość badania rzeczywistej woli Zamawiającego co do dopuszczenia produktów równoważnych, gdy Zamawiający posłużył się odwołaniem do konkretnych znaków towarowych bez zastosowania właściwej frazy wynikającej z treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004.

W konsekwencji Prezes Urzędu stwierdził, że z treści opisu przedmiotu zamówienia nie wynika dopuszczenie przez Zamawiającego produktów równoważnych, co skutkować musi uznaniem, iż zastosowanie przez Zamawiającego znaków towarowych mogło doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że poprzez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Dane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ fakt posłużenia się odniesieniem do znaku towarowego przy braku spełnienia przesłanek warunkujących dopuszczalność takiego działania, mógł wprowadzać potencjalnych wykonawców w błąd co do możliwości zaoferowania produktu innego aniżeli oznaczonego określonym znakiem towarowym, a w konsekwencji mogło to mieć wpływ na podjęcie przez nich decyzji o rezygnacji z udziału w postępowaniu.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

- 1) brak naruszenia przez Zamawiającego art 29 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 polegającego na opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”,
- 2) błędne uznanie, że faktyczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie włókniny z której miały być wykonane ocieplenia obłożyn i przyszew, został dokonany poprzez podanie znaku towarowego, podczas gdy faktycznie został on określony zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004 to jest poprzez podanie konkretnego składu surowcowego oraz masy wraz z zachowaniem tolerancji, a dodanie w nim kwestionowanych przez Prezesa UZP zapisów miało wyłącznie charakter przykładowy (użycie słowa typu),
- 3) błędne uznanie, że faktyczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie podeszew, został dokonany poprzez podanie znaku towarowego, podczas gdy faktycznie został on określony zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004 to jest poprzez podanie następujących informacji

Sygn. akt KIO/KD 1/23

wytrzymałości połączenia, odporności na ścieranie, odporności na działanie oleju, wytrzymałości na rozdzieranie oraz rodzaju tworzywa guma olejoodporna, antyelektrostatyczna, a dodanie w nim kwestionowanych przez Prezesa UZP zapisów miało wyłącznie charakter przykładowy (użycie słowa typu),

4) błędne uznanie, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 ust 2 ustawy Pzp2004,

5) błędne uznanie, że użycie w dokumentacji słów „typu Vibram”, „typu thinsulate BZ”, przy równoczesnym określeniu obiektywnych parametrów technicznych to jest składu procentowego danych surowców, masy powierzchniowej z (zachowaniem tolerancji +/-) mogło doprowadzić do wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, z uwagi na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia,

6) całkowite pominięcie, że faktycznie o tym, czy dany podmiot złożyłby w postępowaniu ofertę decydowało spełnienie innego zapisu SIWZ a mianowicie przedłożenie zaświadczenia z Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej, o którym mowa na str. 8 SIWZ lit. i) tiret 2 poświadczającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego,

7) całkowite pominięcie, że w udzielonych odpowiedziach do innego zadania w tym postępowaniu, udzielono wyjaśnień jak należy rozumieć zawarte w SIWZ słowo typu, że jest to jedynie wyjaśnienie przykładowe, a istotne jest spełnienie wymagań wykazanych w konkretnych załącznikach i tabelach,

8) pominięcie treści udzielonych wyjaśnień Zamawiającego z dnia 12 lipca 2022 r. w których jasno wskazano, że ocena zgodności oferowanego wyrobu z opisem przedmiotu zamówienia odbywa się w oparciu o zaświadczenie z WOBWSM, którym była mowa w SIWZ (powiązane z punktem 3 zarzutów).

Zamawiający uzasadniając zastrzeżenia wskazał, że przedmiot zamówienia został opisany zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004. O jednoznaczności zapisu świadczy użycie nazw surowców (poliester, polipropylen, guma olejoodporna, guma antyelektrostatyczna), podanie ich składu procentowego, określenie masy wraz z zachowaniem tolerancji na poziomie 10% (+/- 5%), określenie wytrzymałości połączenia, odporności na ścieranie, odporności na działanie oleju, wytrzymałości na rozdzieranie wraz z podaniem polskich norm jako metody badawczej. W ocenie Zamawiającego użycie obok parametrów technicznych słowa „typu” jest użyciem zrozumiałego określenia, który występuje w języku polskim, a jego wykładnia jest jednoznaczna i nie pozostawiająca wątpliwości. Najistotniejszą okolicznością, która miała wpływ na złożenie oferty był inny zapis SIWZ niż kwestionowany przez Prezesa UZP. Był to wymóg przedstawienia zaświadczenia Wojskowego Ośrodka Badawczo Wdrożeniowego Służby Mundurowej, o którym mowa na str. 8 SIWZ lit. i) tiret.2 poświadczającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom

Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że ocena czy dany produkt spełnia wymogi SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia opierałaby się właśnie w oparciu o tenże dokument. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z motywem 74 Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z motywem 74 dyrektywy 2014/24/UE specyfikacje techniczne, w Polsce nazywane opisem przedmiotu zamówienia, nie powinny tworzyć nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu postępowania na konkurencję — powinny umożliwiać otwarcie się na nią oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. Powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę, oraz powinny umożliwiać zaoferowanie rozwiązań równoważnych. Zgodnie z art. 18 dyrektywy 2014/24/UE uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostało zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Takiego naruszenia nie sposób stwierdzić w postępowaniu, które było wynikiem kontroli Prezesa UZP. Według Zamawiającego, poprzez użycie sformułowania „typu” wraz z równoległym opisaniem obiektywnych parametrów technicznych i jakościowych nie tylko sztucznie, ale w jakikolwiek sposób nie zawęził konkurencji. W jego ocenie, z opisu przedmiotu zamieszczonego w WDTT wynika jasno, że to parametry techniczne są istotne, a dodanie do nich jedynie słowa „typu” miało charakter pomocniczy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że dokonując wykładni danego przepisu należy mieć na uwadze cel jego wprowadzenia. U podstaw wprowadzenia zakazu opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych leżało uniemożliwienie wyeliminowania z rynku innych producentów, którzy oferują towary spełniające potrzeby zamawiającego. Zamawiający poprzez określenie jakich parametrów technicznych oczekuje, jaką ich tolerancję dopuszcza, nikogo z udziału w postępowaniu nie wyeliminował. Kontrolujący natomiast, dokonując oceny, skupił się tylko na jednym aspekcie opisu przedmiotu zamówienia- użyciu słowa „typu”. Pomiął zaś całkowicie że umieszczenie innych parametrów całkowicie eliminuje choćby hipotetycznie możliwość odstąpienia od złożenia oferty z powodu braku możliwości zaoferowania podeszwy wykonanej z gumy Vibram (Zamawiający bowiem tego nie wymagał) czy też ocieplenia z włókniny thinsulate BZ (Zamawiający bowiem tego nie wymagał). Dokonując oceny nie można pominąć także istotnych faktów i okoliczności jakie leżą u podstaw sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia przedmiotów umundurowania i wyekwipowania PUiW dla wojska polskiego. Zamawiający nie decyduje o tym, jakie parametry będzie posiadał produkt którego dotyczy dane postępowanie. O tym decyduje Gestor (aktualnie Instytucja Ekspercka). Zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego (Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej) takie parametry ma prawo określić tylko jedna Instytucja wskazana przez Ministra Obrony Narodowej. Jest nią Wojskowy Ośrodek Badawczo -

Wdrożeniowy Służby Mundurowej. Tylko on ma kompetencje i uprawnienia do stworzenia dokumentu o nazwie Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna (WDTT). A zamawiający jest obowiązany ją stosować jako integralny element opisu przedmiotu zamówienia. Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej (WOBWSM) w Łodzi w opracowanej Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT) do produkcji seryjnej na Trzewiki zimowe Wzór 933A/MON, aktualnej w okresie prowadzenia postępowania przez Zamawiającego, w rozdziale 3.1 Wykaz materiałów zasadniczych i dodatków, Tablica 1, punkty 19, 20, 21 użył jasnych składów surowcowych, określił ich rozkłady procentowe. W taki sposób nastąpiło opisanie przedmiotu zamówienia. Użycie zwrotu typu thinsulate BZ i zwrotu typu Wibram było jedynie wskazaniem pomocniczym.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z definicją PWN, „typ” jest to „wzór, któremu odpowiada pewna seria przedmiotów”. Skoro więc WOBWSM wskazał wymagania, co do elementów obuwia w kolumnie 4 ww. tablicy, które mogą być spełnione przez innych producentów, to twierdzenie przez Prezesa UZP, że w WDTT wskazano jedynie konkretnych producentów jest nieprawdziwe. Zamawiający nie sugerował nazw producentów, tylko materiały i dodatki danego typu zastosowane do produkcji trzewików zimowych. Użyte do wykonania wyrobu materiały powinny spełniać wymagania określone w ww. WDTT tablica 1 i tablica 4, a zastosowane zapisy "typu" oznaczają każdy równoważny wyrób i nie wskazują na konieczność stosowania w przedmiocie produktów (elementów składowych wyrobu) od konkretnych producentów.

Zamawiający wyjaśnił także, że w zapisach SIWZ określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewików zimowych (zadanie nr 1 oraz nr 2), spełniających wymagania określone w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT) 933A/MON. Autorem ww. dokumentacji zgodnie z obowiązującymi przepisami rangi rozporządzenia jest powołana do tego celu instytucja tj. Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi (dalej: WOBWSM). Zamawiający ma obowiązek zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami dokonywać zakupów w zakresie umundurowania i wyekwipowania, które spełniają wymogi określone w ww. dokumentacji. Z uwagi na powyższe uwarunkowania przepisów prawa powszechnie obowiązującego, Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna (WD7T) 933A/MON zostało załączona do SIWZ jako załącznik nr 5A. Jednocześnie w treści SIWZ określono, iż szczegółowe wymagania techniczne dla przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5A do SIWZ — WD7T 933A/MON, na podstawie której wykonawca winien wyprodukować przedmiot zamówienia od podstaw. Niezależnie od tego, że WD7T stanowiła załącznik do SIWZ, mogła zostać również udostępniona przez WOBWSM przed rozpoczęciem postępowania (w każdym momencie) na wniosek potencjalnego Wykonawcy. Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna szczegółowo określała wymagania techniczne trzewików zimowych (między

innymi: wymagania dla skór, wymagania dla podeszw, wykaz materiałów zasadniczych i dodatków, rodzaje szwów i ściegów maszynowych itp.). Tym samym, przedmiot zamówienia (trzewiki zimowe), został dokładnie i wyczerpująco opisany w WDTT 933A/MON, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, które mogły mieć wpływ na złożenie oferty przez potencjalnych Wykonawców. Wykonawcy mieli możliwość przygotowania oferty w oparciu o dokładne opisy wymagań oraz parametrów poszczególnych elementów obuwia określone w WDTT. Zamawiający wymagał od każdego potencjalnego Wykonawcy złożenia wraz z ofertą aktualnego zaświadczenia poświadczającego posiadanie wzoru zakładowego trzewików zimowych zgodnego z WDTT 933A/MON i wzorem PIJiW (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT 933A/MON przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi) potwierdzającego, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym.

Oznaczało to, że każdy potencjalny Wykonawca musiał posiadać już „wzór przedmiotu zamówienia zatwierdzony wydanym przez WOBWSM zaświadczeniem” na dostawę którego, zamawiający wszczął postępowanie albo musiał wykonać wzór przedmiotu zamówienia i uzyskać wymagane zaświadczenie WOBWSM przed upływem terminu na złożenie oferty. W przypadku, gdy potencjalny wykonawca potrzebowałby więcej czasu (aniżeli czas pomiędzy wszczęciem postępowania a terminem otwarcia ofert) na zatwierdzenie wzoru w WOBWSM, mógł wystąpić do zamawiającego o przedłużenie terminu do złożenia oferty. Ponadto, w przypadku, gdy Wykonawca wraz z ofertą nie złożył wymaganego zaświadczenia, a jego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu, Zamawiający wzywał do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004.

III.

Prezes Urzędu 19 stycznia 2023 r. poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń oraz przekazuje je na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za protokołem kontroli i informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Uwzględniając powyższy przepis wskazać należy, że możliwość jego zastosowania odnosi się do sytuacji, gdy ze względu na specyfikę (nietykowość) przedmiotu zamówienia, niemożliwe będzie opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Przepis ten ma więc charakter wyjątkowy i musi być interpretowany ściśle, w związku z czym uznać należy, że jeżeli możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, niemożliwe będzie opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego.

Izba w składzie orzekającym uznała, że w kontrolowanym postępowaniu nie zaistniała przesłanka umożliwiająca Zamawiającemu zastosowanie przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004. W ocenie Izby, Zamawiający miał możliwość opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że użycie w opisie znaków towarowych miało jedynie charakter pomocniczy. W ocenie Izby poprzez użycie znaków towarowych Zamawiający sprecyzował i wskazał na konkretne rozwiązanie, które zamawiane rzeczy musiały spełnić. Natomiast jak wyżej wskazano skorzystanie z takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia ma charakter wyjątkowy i musi być stosowany ściśle.

Izba uznała także, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego co do dopuszczalności zastąpienia wskazanej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 frazy „lub równoważny” innymi sformułowaniami w języku potocznym uznawanymi za synonimiczne. Podkreślić należy, że treść ww. przepisu wyłącza możliwość zastąpienia sformułowania „lub równoważny” jakimkolwiek innym zwrotem, niezależnie od jego możliwego zbliżonego znaczenia słownikowego. Ścisły formalizm danej przesłanki wyłącza jednocześnie możliwość badania rzeczywistej woli Zamawiającego co do dopuszczenia produktów równoważnych, gdy

Zamawiający posłużył się odwołaniem do konkretnych znaków towarowych bez zastosowania właściwej frazy wynikającej z treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004.

Skład orzekający Izby stwierdził ponadto, że dla oceny dokonanego przez Zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 oraz wpływu tego naruszenia na wynik postępowania nie ma znaczenia kwestia żądania przez Zamawiającego dokumentu w postaci zaświadczenia poświadczającego posiadanie wzoru zakładowego trzewików zimowych, zgodnego z WDTT 933A/MON i wzorem PUiW, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3 lit. i) tiret 2 SIWZ, jak również fakt, że Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna stanowi dokument opracowany przez instytucję wskazaną przez Ministra Obrony Narodowej. Podkreślić należy, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym także opisanie przedmiotu zamówienia regulują przepisy ustawy Pzp2004. Dlatego też, Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia musi zapewnić jego zgodność z przepisami ww. ustawy nie zaś z Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną, stanowiącą wewnętrzną regulację dotyczącą Zamawiającego.

Końcowo wskazać należy, że dokonywany przez Zamawiającego w SIWZ opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. W związku z tym na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego i to Zamawiający ostatecznie decyduje o kształcie i treści SIWZ, która zostanie przekazana do wiadomości wykonawców. Należy podkreślić, iż sam fakt dysponowania przez określonego wykonawcę zaświadczeniem, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3 lit. i) tiret 2 SIWZ nie wyłącza obowiązku dokonania przez Zamawiającego samodzielnej weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie istnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, co realizowane jest z uwzględnieniem przyjętej przez Zamawiającego interpretacji postanowień SIWZ.

W konsekwencji zgodzić należało się z Prezesem Urzędu, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”.

Tym samym Izba w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w informacji o wyniku kontroli, jak i w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Sygn. akt KIO/KD 1/23

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 Pzp – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....