



Warszawa, 19 lipca 2023 roku

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Hubert Nowak*

DKZP.WKZ1.442.165.2022.KZ  
KND/162/22/DKZP

Pan  
płk Andrzej Magiera  
Komendant  
3 Regionalnej Bazy Logistycznej  
w Krakowie  
ul. Montelupich 3  
30-901 Kraków

*Szanowny Panie Komendancie,*

w odpowiedzi na pismo z dnia 12 czerwca 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15 czerwca 2023 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – skarpety specjalne letnie i zimowe WS oraz bielizna specjalna letnia i zimowa WS** nr sprawy 80/2021 r., ID postępowania 459255, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wskazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 6 czerwca 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ1.442.165.2022.KZ.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Larix Janusz Pięta Sp. j. w zakresie zadania nr 3 oraz zadania nr 4 jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia. Wykonawca, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia publicznego, nie wykazał spełnienia warunków zamówienia tj. przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w zaproponowanym komplecie bielizny przędzy Nilit® Aquarius wymienionej przez Zamawiającego w WTU;
2. art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu 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”.

Pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia w zakresie wszystkich przywołanych powyżej naruszeń.

#### Ad. 1

W odniesieniu do naruszenia określonego w pkt 1 Wnoszący zastrzeżenia wskazał m.in., że:

1. Aby mogło dojść do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp **koniecznym jest wskazanie konkretnej niezgodności między treścią oferty a warunkami zamówienia.**<sup>1</sup> Powyższe wynika między innymi z wyroku KIO z dnia 31 marca 2023 roku sygn. **akt KIO 708/23.** W wyniku kontroli doraźnej nie wskazano z jakimi konkretnymi warunkami zamówienia oferta wykonawcy Larix jest niezgodna.
2. Dokonując wnikliwej analizy przedstawionego zarzutu należy podkreślić, że rzekoma niezgodność treści oferty polega w ocenie Prezesa UZP na braku przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w próbce bielizny przędzy określonego producenta o określonej zastrzeżonej nazwie handlowej.
3. Zamawiający potwierdza że w całej ofercie wykonawcy nie widnieje nazwa Nilit Aquarius. Powyższe jednak **nie jest równoznaczne z niezgodnością oferty z zapisami SWZ.** Podkreślić należy, że w całej SWZ **zamawiający nie wymagał podania nazwy producenta przędzy, jak również znaku towarowego przędzy czy też jej nazwy handlowej.** A zatem czynienie zarzutu, że z treści oferty Larix nie wynikają dane których zamawiający nie wymagał nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy.
4. Wykonawca w oświadczeniu własnym zawarł informacje dotyczące roku produkcji przędzy oraz jej pochodzenia.
5. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych **mylnie utożsamia** rodzaj przędzy z jej nazwą handlową, znakiem towarowym oraz podaniem nazwy producenta. **Podanie nazwy Nilit Aquarius nie stanowi określenia rodzaju przędzy.**
6. Skutkiem opisanej powyższej błędnej wykładni jest postawienie zamawiającemu całkowicie chybionego zarzutu braku odrzucenia oferty z uwagi na brak zaoferowania przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie przędzy Nilit Aquarius.
7. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pominął oczywisty i niekwestionowany w doktrynie i orzecznictwie fakt, że **próbka jest dokumentem.** Dla spełnienia wykazania rodzaju przędzy wystarczającym było przedłożenie przez wykonawcę dokumentu w postaci próbki. O ile z próbki nie można odczytać danych dotyczących roku produkcji i jej pochodzenia, to stwierdzenie rodzaju przędzy (a nie jej nazwy handlowej i producenta) dla osób posiadających wiedzę specjalistyczną (biegłych) jest wystarczające dla pozyskania z owej próbki informacji o rodzaju przędzy. Podkreślić należy że zgodnie z danymi zawartymi w Wikipedii podstawowe rodzaje przędz to pojedyncze, nitkowane łączone, czy też ozdobne nitkowane. W żadnym opracowaniu nie utożsamia się rodzaju przędzy z jej nazwą handlową czy też nazwą producenta.
8. Zamawiający dołącza do niniejszych zastrzeżeń wydruk opinii zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z którą to opinią, **próbkę uznaje się za dokument.**
9. Aktualnie także treść Rozporządzenia w sprawie podmiotowe środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy przesądza, że próbka jako przedmiotowy środek dowodowy stanowi inny dokument, o którym mowa w rozporządzeniu.
10. Prezes UZP pominął całkowicie, że wykonawca w druku oferta na stronie 2 pkt 2 (pod tabelkami) zawarł oświadczenie o treści „oświadczam, że oferowane przeze mnie w zakresie

<sup>1</sup> Wyrok KIO z dnia 31 marca 2023 roku – sygn. akt KIO 708/23

każdego z zadań na które składam ofertę przedmioty umundurowania i wyekwipowania posiadają parametry zgodne z zapisami zawartymi we właściwych WTU stanowiących odpowiednio załączniki nr 4A – 4D do SWZ.” Powyższe w połączeniu z przedłożoną próbką w sposób jednoznaczny świadczy o tym, że wykonawca spełnił wymogi opisane w SWZ. **A zatem brak jest niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.**

11. Zamawiający zgadza się z Prezesem UZP, iż w zapisach SWZ wykluczył możliwość do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Takie uzupełnienie nie było jednak konieczne. Przedłożone dokumenty w tym próbka, druk oferta oraz oświadczenie wykonawcy stanowiły wystarczający materiał do oceny, że nie doszło do złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.
12. Jedynie z najwyższej ostrożności podnoszę, że zakaz uzupełniania środków dowodowych nie obejmuje uprawnienia zamawiającego do żądania udzielenia pisemnych wyjaśnień jeżeli istnieją wątpliwości co do treści złożonej oferty.
13. A zatem jeżeli zamawiający takie wątpliwości miał (a w tym przypadku ich nie miał) to winien zażądać wyjaśnień treści oferty, nie zaś odrzucać ofertę. Także z tej przyczyny zarzut postawiony zamawiającemu jest nieuzasadniony i błędny.
14. W tym miejscu zamawiający przytacza za komentarzem „Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem **szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty** (której integralną część stanowią udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca<sup>2</sup>.”
15. Zamawiający w całej rozciągłości popiera wyrok **KIO dnia 31 marca 2023 roku – sygn. akt KIO 708/23**, którego istota sprowadza się do ustalenia, że **jeżeli Zamawiający nie domagał się wprost w dokumentacji przetargowej podania pewnych danych, to brak ich zamieszczenia, choćby były one pomocne dla oceny oferty, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.** W powoływanym wyroku zamawiający nie żądał „wyczerpującego opisu poszczególnych elementów zamówienia. Jak bowiem słusznie wskazała Gmina Tuchów w odpowiedzi na odwołanie za pozbawioną relewantnych podstaw i nadinterpretację Odwołującego należy uznać twierdzenie, jakoby przez zapis w kolumnie czwartej rzeczonyj tabeli pn. „Marka/Model/Nazwa oprogramowania” Zamawiający żądał podania w zakresie do każdego wymaganego elementu zamówienia wszystkich powyższych informacji, tj. i marki, i modelu i nazwy oprogramowania<sup>3</sup>. Podobnie i w tym przypadku zamawiający nie żądał podania nazwy producenta i nazwy handlowej przędzy a zatem brak ich podania w ofercie i stanowiących jej integralną część załącznikach nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Zamawiający w przedłożonych zastrzeżeniach zwraca uwagę, iż nie wymagał podania nazwy producenta przędzy, znaku towarowego czy nazwy handlowej przędzy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

<sup>2</sup> (zob. M. Jaworska (w:) Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022).

<sup>3</sup> Wyrok KIO z dnia 31 marca 2023 roku – sygn. akt KIO 708/23.

W odróżnieniu od podmiotowych środków dowodowych, które dotyczą wykonawcy i służą generalnie potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Do przedmiotowych środków dowodowych należą m.in. certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność albo sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę (por. art. ustawy 105 Pzp), określone przez zamawiającego etykiety, dokumentacja techniczna producenta (por. art. 104 ustawy Pzp), a także próbki, zdjęcia, makiety itp. Przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, ale mają służyć potwierdzeniu tego, co jest zawarte w treści oferty wykonawcy.

W świetle 106 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 ustawy Pzp (etykiety, certyfikaty) przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Jednocześnie art. 106 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia, a także, że powyższe żądanie nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Ponadto zgodnie z brzmieniem art. 107 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Natomiast, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający może także żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zatem, przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze. Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich „ważności”. Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego.

Co istotne, odmiennie niż w przypadku podmiotowych środków dowodowych (art. 128 Pzp), gdzie uzupełnianie dokumentów i oświadczeń podmiotowych jest obligatoryjnym ustawowym nakazem dla zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp może jednak zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informacje, że przedmiotowe środki dowodowe będą

podlegały uzupełnieniu. W takim przypadku uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych będzie obligatoryjne dla zamawiającego. Przyjęty przez ustawodawcę sposób uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych wychodzi naprzeciw specyfice przedmiotowych środków dowodowych i ma na celu uniknięcie automatyzmu w zakresie ich uzupełniania. Zamawiający ma obowiązek wezwania o dokument przedmiotowy tylko wtedy, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, jaką postać ma przyjąć taka informacja, istotne jest, aby była czytelna i jasno wskazywała na intencje zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający może wskazać w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia na konkretny dokument przedmiotowy (spośród innych wymaganych przedmiotowych środków dowodowych), którego uzupełnianie dopuszcza. W takim przypadku uzupełnieniu podlegać będzie tylko ten wymieniony środek dowodowy, podczas gdy pozostałe nie będą mogły być uzupełniane. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów, pozostawiając mu jedynie uprawnienie do wezwania o wyjaśnienia przedmiotowego środka dowodowego (art. 107 ust. 4 Pzp). Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić dokumentu, którego nie załączył (lub załączył niekompletny) w ofercie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia oferty i nie reguluje zagadnień dotyczących składania oświadczeń woli, zatem w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp będą miały w tym zakresie zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 kc oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Żeby oświadczenie było ofertą, musi posiadać dwie cechy. Po pierwsze oświadczenie to powinno zawierać skierowaną do drugiej strony (tzw. oblata) stanowczą propozycję zawarcia umowy. Po drugie zaś powinno określać istotne postanowienia tej umowy. Propozycja zawarcia umowy jest stanowcza wówczas, gdy z treści oświadczenia woli w sposób nie budzący wątpliwości wynika wola oferenta, aby zawrzeć umowę o określonej treści. Stanowczy charakter oświadczenia skutkuje tym, że – poza przypadkami, gdy z przepisów prawa wynika szczególna forma związana z zawarciem umowy – oferent nie musi składać dodatkowych oświadczeń, aby umowa doszła do skutku. Kodeks Cywilny nie precyzuje, co należy rozumieć przez pojęcie „istotne postanowienia umowy”, ale można przyjąć, iż chodzi o takie określenie przez oferenta minimalnych warunków proponowanej umowy, które wystarczą do zawarcia umowy, czyli określających typ i charakter zawieranej umowy (najczęściej określenie stron i ich świadczeń oraz ceny jak przy umowie sprzedaży).

Przyjmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozumienie pojęcia oferty z kc, trzeba pamiętać o istnieniu specyficznych dla zamówień publicznych rozwiązań modyfikujących kodeksowy tryb zawierania umowy przez złożenie oferty oraz tryb złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do takich kwestii, jak wiązanie ofertą (początek wiązania ofertą i upływ okresu wiązania ofertą) lub konieczność stosowania, poddanych ogólnym zasadom rządzącym zamówieniami publicznymi, formalnych czynności proceduralnych wynikających z zastosowania określonego trybu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd samo pojęcie „oferta” w ustawie Pzp nie zawsze odpowiada definicji kodeksowej. Jest ono traktowane w ustawie Pzp w sposób funkcjonalny; odnosi się bądź to do oświadczenia woli (np. w art. 59 ustawy Pzp jest mowa o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), bądź do materialnej postaci, w jakiej przedstawiane jest oświadczenie woli (np. w art. 65 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o aplikacjach do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert). Ustawa Pzp wyraźnie odróżnia ofertę od przedmiotowych i podmiotowych

środków dowodowych. Takie rozumienie oferty wynika bezpośrednio z treści ustawy Pzp, np. jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp), wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp), albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 125 ust. 1 ustawy Pzp). Oferta nie zawsze będzie miała postać jednego dokumentu. Integralną częścią oferty będą, np. specyfikacje techniczne, opisy oferowanych przez wykonawcę produktów czy kosztorysy ofertowe. Ustawa Pzp przewiduje również między innymi techniczną możliwość złożenia oferty częściowo w postaci elektronicznej i częściowo w postaci papierowej, co oznacza rozdzielenie treści tworzących ofertę (por. art. 65 ust. 3 ustawy Pzp)<sup>4</sup>.

Przepisy ustawy Pzp nie definiują również pojęcia „treść oferty”. Mając na uwadze ustawową definicję oferty zawartą w art. 66 § 1 kc, zgodnie z którym ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy można uznać, że treść oferty, o której mowa w omawianym przepisie to merytoryczna zawartość oferty. Treść oferty musi odpowiadać wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia, w szczególności wymaganiom i oczekiwaniom zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach realizacji zamówienia. Przy czym należy pamiętać, że wymagania te nie muszą być określone jedynie w dokumentach sporządzonych przez zamawiającego, jak SWZ, ale również mogą wynikać z innych dokumentów, do których odwołuje się zamawiający, służących do określenia lub opisanie warunków zamówienia (por. art. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Należy również w tym miejscu zwrócić uwagę na regulację zawartą w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty.

Tytułem przykładu, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej<sup>5</sup> wskazano, że: *„Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, a zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych może jedynie wzywać wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych (które należało złożyć wraz z ofertą), o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może jednak prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia. Prawo zamówień publicznych bowiem tego rodzaju zmian co do zasady zabrania. Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą ze swej natury służą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot dostawy odpowiada wymaganiom*

<sup>4</sup> Fragment z Komentarza do prawa zamówień publicznych dostępnego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych – art. 218 ustawy Pzp.

<sup>5</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2021 r. sygn. akt. KIO 3522/21;

*przedmiotu zamówienia. Mają one dotyczyć zatem produktu, który jest przedmiotem oferty i potwierdzać jego zgodność z ustalonymi wymaganiami. Tego rodzaju dokumenty mogą być uzupełniane, natomiast przedmiot świadczenia, którego dotyczą takiemu uzupełnieniu podlegać nie może, stanowi bowiem merytoryczna treść oferty - czyli treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, ale też wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Niekiedy może mieć miejsce sytuacja, że sam formularz ofertowy nie zawiera odpowiedniego miejsca do wskazania informacji o oferowanym produkcie (np. jego nazwy, modelu, producenta), a ich konkretyzacja następuje w innych składanych wraz z ofertą dokumentach".*

Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Mając na uwadze powyższe, za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 6 czerwca 2023 r. należy przypomnieć, że Zamawiający na gruncie kontrolowanego postępowania zaznaczył, iż przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania określone w Wymaganiach Techniczno-Użytkowych, które stanowiły załączniki do SWZ. Dla zadania nr 3 – WTU 74/DKWS – załącznik 4C do SWZ natomiast dla zadania nr 4 – WTU 75/DKWS – załącznik nr 4D do SWZ. Zamawiający zaznaczył, iż Wymagania Techniczno-Użytkowe są integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 4C do SWZ WTU 74/DKWS Bielizna specjalna letnia WS oraz w załączniku nr 4D do SWZ WTU 75/DKWS Bielizna zimowa specjalna WS, w Tablicach nr 1 „Materiały i dodatki” w pkt 1 Zamawiający wymagał „Dzianiny zasadniczej wykonanej z przędzy Nilit® Aquarius i Bodyfresh”. W SWZ Zamawiający wymagał zaś, aby Wykonawca złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe:

- dla zadania nr 3: - wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj. po jednym komplecie: bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 74/DKWS);
- wymagane jest złożenie przez oferenta stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 74/DKWS.

Zamawiający żądał w zakresie zadania nr 4, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj.: po jednym komplecie: bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 75/DKWS)
- wymagane jest złożenie przez oferenta stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 75/DKWS.

Faktem jest, że Wykonawca wraz ze złożoną ofertą przedłożył wymagane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe, w tym w zaświadczeniu o zgodności produktu z WTU 74/DKWS z dnia 24 czerwca 2021 r. wpisał przędzę Nilit BodyFresh, rok produkcji przędzy: 2021 r., kraj pochodzenia przędzy: Izrael. Natomiast w zaświadczeniu o zgodności produktu z WTU 75/DKWS z dnia 24 czerwca 2021 r. wpisał przędzę Nilit BodyFresh, rok produkcji przędzy: 2021 r., kraj pochodzenia przędzy: Izrael. Tym samym, poprzez powyższe Wykonawca Larix Janusz Pięła S. Jawna wyraźnie oświadczył, iż oferowane przedmioty umundurowania i wyekwipowania są wyprodukowane z użyciem przędzy Nilit BodyFresh oraz posiadają parametry zgodne z zapisami zawartymi we właściwych Wymaganiach Techniczno-Użytkowych (WTU) tj. WTU 74/DKWS oraz WTU 75/DKWS. Natomiast zostały pominięte dokumenty potwierdzające wykorzystanie przędzy Nilit® Aquarius przez Wykonawcę.

W związku z powyższym należałoby oczekiwać, że realizując obowiązek wynikający z rozdz. IV ust. 1 SWZ ww. Wykonawca przedłożył jednocześnie z ofertą przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające wymagania określone przez Zamawiającego w WTU nr 74/DKWS oraz WTU 75/DKWS, które musi spełnić oferowana bielizna.

Tymczasem Wykonawca przedłożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe tj.

- wzór przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj. po jednym komplecie: bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724;
- wzór przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj.: po jednym komplecie: bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724;
- oświadczenie producenta, poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej – dla zadania 3 i 4 tj. wskazanie przędzy Nilit® Body Fresh
- wyniki badań potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 74/DKWS – dla zadania 3.
- wyniki badań potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 75/DKWS – dla zadania 4.

Przedstawione okoliczności faktyczne i prawne prowadzą do wniosku, że po pierwsze Wykonawca nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że oferowany przez niego komplet bielizny, stanowiący załącznik do oferty, spełnia minimalne wymagania (rodzaj przędzy- Nilit® Aquarius) stawiane przez Zamawiającego.

Po drugie, dysponując powyższymi informacjami Zamawiający mógł mieć uzasadnione wątpliwości, czy bielizna dostarczona przez Wykonawcę będzie zawierała wskazaną przez Zamawiającego przędzę Nilit® Aquarius.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający wyraźnie zastrzegł w SWZ wymóg złożenia wraz z ofertą m. in. stosownych dokumentów poświadczających **rodzaj**, pochodzenie oraz kraj pochodzenia przędzy użytej do dzianiny zasadniczej. Zaznaczył również przy tym, że ww. dokumenty stanowią przedmiotowe środki dowodowe, które składane są razem z ofertą i nie podlegają uzupełnieniu. Złożone przez Wykonawcę oświadczenie ze składaną ofertą, związane z konkretyzacją oferowanego produktu należy uznać za wiążące. Posłużenie się tego rodzaju zapisem w dokumentacji

postępowania obligowało wówczas również Zamawiającego do dodatkowej weryfikacji, czy przedmiotowe środki dowodowe odnoszą się do tych samych produktów.

Powyższe powinno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości czy złożone oświadczenie jako przedmiotowy środek dowodowy przez ww. Wykonawcę spełnia w rzeczywistości stawiane w postępowaniu wymagania, gdyż złożony przez niego przedmiotowy środek dowodowy tego nie potwierdzał.

Jakkolwiek wykonawca, jako podmiot profesjonalny, ma obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentami zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, w dodatku powinien zadbać o to, aby upewnić się czy deklarowany w składanych dokumentach stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, jego intencji. Niemniej również zamawiający zobowiązany jest w swoim działaniu do dochowania należytej staranności. Zamawiający nie powinien podejmować czynności w postępowaniu w sposób automatyczny, bez racjonalnie usprawiedliwionych założeń, z pominięciem zasad logiki i doświadczenia życiowego. Dokonując badania i oceny ofert powinien wnikliwie zbadać treść oferty jak i dołączonych do niej dokumentów, w tym przedmiotowe środki dowodowe. Ponadto, Zamawiający był obowiązany do wnikliwej analizy oraz starannej weryfikacji każdej z ofert. W tym miejscu należy wskazać, iż stwierdzenie Zamawiającego zawarte w zastrzeżeniach, iż: *Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mylnie utożsamia rodzaj przędzy z jej nazwą handlową, znakiem towarowym oraz podaniem nazwy producenta. Podanie nazwy Nilit Aquarius nie stanowi określenia rodzaju przędzy* jest niedopuszczalne na obecnym etapie postępowania kontrolnego. Należy bowiem podkreślić, iż sam Zamawiający w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu pismem z dnia 30 listopada 2022 r. na stronie 2 w pkt 2) wskazał, iż: „Wykonawca wraz z ofertą złożył wyniki badań dla białej letniej i zimowej WS wykonane w laboratoriach posiadających akredytację PCA ŁUKASIEWICZ Instytut Włókiennictwa i KRAJEWSKI Laboratorium oraz oświadczenia o zgodności produktu z WTU 74/DKWS i 75/DKWS. **W oświadczeniach podano rodzaj przędzy użytej do produkcji białej, rok produkcji oraz kolorystykę.**” Ponadto w tych samych wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu na pytanie: „Pyt. 2 Czy Wykonawca Larix Janusz Pięta sp. jawna przy złożeniu dokumentów wraz z ofertą przedłożył przedmiotowe środki dowodowe – dokumenty poświadczające rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej” Zamawiający odpowiedział: „oświadczenie o zgodności produktu z WTU 74/DKWS oraz 75/DKWS”. Tym samym nie sposób uwzględnić obecnego stanowiska Zamawiającego, który w zastrzeżeniach podniósł, iż nie można utożsamiać rodzaju przędzy z jej nazwą handlową. Podkreślenia wymaga, iż w ww. oświadczeniach Wykonawca wskazał rodzaj przędzy poprzez podanie jej nazwy handlowej – Nilit Bodyfresh. Brak jest również podstaw do uwzględnienia obecnego twierdzenia Zamawiającego, iż dokumentem potwierdzającym rodzaj użytej przędzy w ofercie Wykonawcy Larix Janusz Pięta sp. jawna jest wzór przedmiotu umundurowania i wyekwipowania (próbka), z uwagi na fakt, iż nie wynika to ani z dokumentacji postępowania ani z wyjaśnień udzielanych Prezesowi Urzędu.

*Rozważenia bowiem wymaga, czym jest próbka składana w postępowaniu. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert -oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Próbka przewidziana została w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów*

*z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz.U. z 2013 r., poz. 231], gdzie w § 6 ust. 1 pkt 1 wskazano, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.*

*Należy przyjąć, że próbka stanowi pewną materializację przedmiotu oferty, która ma służyć namacalnemu, empirycznemu zbadaniu cech i właściwości przedmiotu oferty lub nawet jego działania w formule opisanego w SIWZ eksperymencie [jako tzw. prezentacja próbki, demonstracja jej działania, testowanie czy nawet zbadanie umiejętności osób]. Prezentacja próbki może więc przybrać postać oględzin oferowanego przedmiotu, zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych, działania mechanizmów, testowania sprzętu komputerowego, zbadania działania systemu informatycznego oraz przewidzianych w jego ramach wymaganych lub deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności czy nawet zbadania umiejętności osób, które mają osobiście świadczyć usługę stanowiącą przedmiot zamówienia. Tego rodzaju próbka będzie więc miała charakter oferty, czy to wprost, czy też jako tzw. dokument mający potwierdzać spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań postawionych przez zamawiającego, finalnie rozpatrywany przecież przez pryzmat spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.*

*Próbka, a w konsekwencji - przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.*

*Zasadą jest zatem, że ocena próbki, niezależnie od tego czy wprost stanowi ona sposób złożenia oferty poprzez wskazanie [złożenie] jej przedmiotu, czy też ma postać dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań stawianych przez zamawiającego, finalnie prowadzi do stwierdzenia zgodności lub braku zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy]. Zasadą jest też, że w takim wypadku cała próbka podlega ocenie, niezależnie od tego czy tylko część jej cech jest brana pod uwagę w ramach kryterium pozacenowego, skoro cała próbka wyraża przedmiot oferty.*

*Dopiero zatem w sytuacji, gdy Zamawiający wyraźnie wprowadzi w SIWZ takie postanowienia, które - w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia - pozwolą na wyodrębnienie z przedmiotu stanowiącego próbkę tych jej elementów, które będą podlegały ocenie, w sposób, który nie zniweczy sensu badania tej próbki w ograniczonym zakresie jako wciąż reprezentatywnej dla całego przedmiotu stanowiącego przyszłą dostawę, można przyjąć taką wrywkową ocenę próbki. Jeżeli więc intencją zamawiającego będzie oczekiwanie złożenia próbki jako przedmiotu zbieżnego w określonym zakresie z tym, który ma być następnie przedmiotem dostawy, ale nie identycznego z nim, pożądane jest jednoznaczne wskazanie, w jakim zakresie przedmiot stanowiący próbkę może - na etapie złożenia oferty - odbiegać od wymaganego w postępowaniu, bez zniekształcenia sensu badania próbki i w jakim zakresie część podlegająca badaniu będzie reprezentatywna dla całego przedmiotu i zdalna do formułowania wniosków o całym przedmiocie. Pożądane jest też w takim wypadku wyraźne wskazanie, że przedmiot dostawy musi być zgodny z tym, którego użyto dla zaprezentowania w postaci próbki, np. w zakresie użytych materiałów, wymiarów, czy określonych*

cech, których zamawiający wymaga wobec przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, pożądanym jest określenie poziomu zgodności próbki z wymaganiami stawianymi przedmiotowi zamówienia. W analizowanym postępowaniu byłoby to relatywnie proste, skoro cechy podlegające badaniu wyraźnie opisano w odpowiednich punktach SIWZ, zaś wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały skwantyfikowane i ujęte w 22 czytelnych punktach - sprowadzać by się mogło po prostu do wskazania tych wymagań [odpowiadających im pkt], które Zamawiający uznałby za istotne i reprezentatywne dla uznania, że w przypadku próbki i przyszłego przedmiotu dostawy mamy do czynienia z tożsamością przedmiotu a także, że wnioski wyciągnięte na podstawie próbki będą właściwe także dla innego przedmiotu spełniającego ten właśnie wskazany przez Zamawiającego katalog wymagań. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2015 r., sygn. KIO 506/15

Mając na uwadze powyższe, uprzejmie informuję, iż w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający istotnie żądał przedłożenia wzorów oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj.: po jednym komplecie: bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 75/DKWS), jednakże w żaden sposób nie sprecyzował, które warunki zamówienia będą weryfikowane za pomocą tego przedmiotowego środka dowodowego.

Odnosząc się do przywołanego w zastrzeżeniach wyroku **KIO dnia 31 marca 2023 roku – sygn. akt KIO 708/23**, którego istota sprowadza się do ustalenia, że **jeżeli Zamawiający nie domagał się wprost w dokumentacji przetargowej podania pewnych danych, to brak ich zamieszczenia, choćby były one pomocne dla oceny oferty, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty**, należy ponownie przywołać wymaganie Zamawiającego o konieczności przedłożenia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego rodzaj użytej przędzy oraz wyjaśnienia udzielone Prezesowi Urzędu, iż dokumentami potwierdzającymi powyższe w przypadku oferty Larix Janusz Pieła sp. jawna były oświadczenia Wykonawcy o zgodności produktu z WTU 74/DKWS oraz 75/DKWS, w których wskazano wykorzystanie przędzy Nilit Bodyfresh. W związku z powyższym nie sposób uznać, iż w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający nie domagał się wprost podania danych dotyczących rodzaju przędzy.

Tym samym, podtrzymuję stanowisko zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 6 czerwca 2022 r. w pkt 1, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Larix Janusz Pieła Sp. j. w zakresie zadania nr 3 oraz zadania nr 4 jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia. Wykonawca, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia publicznego, nie wykazał spełnienia warunków zamówienia tj. przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykorzystanie w zaproponowanym komplecie bielizny przędzy Nilit® Aquarius wymienionej przez Zamawiającego w WTU.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

## Ad. 2

W zakresie naruszenia określonego w pkt 2 Wnoszący zastrzeżenia wskazał, że:

1. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczynania postępowania, Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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”. Ocena dokonana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie braku spełnienia poniższych przesłanek:

- 1) uzasadnione użycie znaków towarowych specyfiką przedmiotu zamówienia
  - 2) niemożność opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń **jest błędna**, co zostanie wykazane poniżej.
2. Opis przedmiotu zamówienia zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych został zawarty w SWZ. Przy czym należy podkreślić specyfikę SWZ w tym postępowaniu. Składała się ona z dokumentu głównego, którego autorem był zamawiający a w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w szczególności tych kwestionowanych przez Prezesa UZP zapisów, **zamawiający wykonał rozkaz – odwołał się do dokumentu którego nie był autorem, którego zgodnie z obowiązującymi przepisami nie miał prawa ani możliwości zmienić.**
  3. Kwestionowane zapisy zawierają wyłącznie załączniki do SWZ o nazwie WTU.
  4. **Dokumenty te są wynikiem prac prowadzonych przez inny podmiot niż zamawiający.** Jak zostanie wykazane w dalszej części wyjaśnień, osoba zatwierdzająca SWZ była żołnierzem. **Dokonując modyfikacji treści WTU popełniłby przestępstwo z art. 231 kk(funkcjonariusz publiczny przekroczyłby swoje uprawnienia) a dodatkowo wykonałaby rozkaz w rozumieniu art. 115§ 18 kk z dokonaniem jego modyfikacji. Takie działanie stanowi przestępstwo stypizowane w art. 344 kodeksu karnego.**
  5. Osoba odpowiedzialna za opis przedmiotu zamówienia nie ma swobody w opisie przedmiotu zamówienia. Jest w tym zakresie związana treścią polecenia służbowego (rozkaz) i zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych, która nakazuje dokonanie zakupu tak, aby umundurowanie (w tym przypadku bielizna dla wojsk specjalnych) mogły być wykorzystane i przydzielone żołnierzom wojska polskiego.
  6. Przedmiotem postępowania było wyprodukowanie i dostarczenie wymienionych w ust. 5 PUiW według określonych wymagań, które zostały sparametryzowane i określone w dokumentach o nazwie:  
- Wymagania Techniczno-Użytkowe nr 74/DKWS oraz  
- Wymagania Techniczno-Użytkowe nr 75/DKWS.
  7. Właścicielem tej dokumentacji jest Skarb Państwa – Ministerstwo Obrony Narodowej. Nie ma możliwości, aby przedmiot postępowania był wyprodukowany i wprowadzony do obrotu w oparciu o tę dokumentację dla podmiotu innego Ministerstwo Obrony Narodowej.  
*Dowód: strona tytułowa obu WTU – w aktach postępowania*
  8. Dokumentacja powstała jako wynik pracy zespołu powołanego przez Gestora czyli inny podmiot niż 3 RBLog.
  9. Zgodnie z obowiązującymi w resorcie obrony narodowej regulacjami WDTT i WTU do produkcji seryjnej przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (PUiW)<sup>6</sup> w tym także bielizny, opracowywana jest w trybie prac specjalnie do tego celu powołanego zespołu. I prace tego zespołu stanowią podstawę do określenia wymagań, których spełnienie w realizowanych dostawach zapewnia wymaganą jakość PUiW oraz bezpieczeństwo użytkowników.
  10. Przedstawiona powyżej argumentacja stanowi wyczerpujące uzasadnienie że w przedmiotowym postępowaniu istniały przesłanki umożliwiające użycie zapisów, które zostały zakwestionowane przez Prezesa UZP.

<sup>6</sup> Decyzja Nr 314/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 października 2013 r. w sprawie wprowadzenia do użytku "Procedury realizacji prac rozwojowych dla przedmiotów umundurowania i wyekwipowania" oraz "Procedury realizacji prac rozwojowych dla środków zaopatrzenia żywnościowego" (. Dz. Urz. Min. Obr. Nar. Z 2013 poz. 274 z późn. Zm)

11. Podkreślić należy, że każdy opis przedmiotu zamówienia eliminuje z możliwości udziału w postępowaniu jakiegóż wykonawcę. Powyższe jednak jest dopuszczalne o ile wynika z uzasadnionych obiektywnymi przesłankami potrzeb zamawiającego. Taki pogląd jest poglądem utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie.
12. W sytuacji gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione może on wprowadzać wymogi, które mogą zawężyć krąg potencjalnych wykonawców. Przy czym owo zawężenie ma mieć na celu nie preferowanie określonego wykonawcy, ale uzyskanie przedmiotu zamówienia jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. I taka sytuacja miała miejsce w tym przypadku. Potrzeby zamawiającego w zakresie bielizny to w istocie potrzeby wojska polskiego. To potrzeby, które zostały określone i sparametryzowane po przeprowadzeniu pracy specjalnego zespołu. **W tym konkretnym przypadku to nie 3 RBLog określa potrzeby danego zamówienia, ale otrzymuje je w formie rozkazu od przełożonego (polecenie dokonania zakupu bielizny z określonymi WTU). I ma obowiązek ustawy owo polecenie zrealizować, pod rygorem narażenia się na odpowiedzialność karną.**
13. Żaden zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania opisu przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim funkcjonującym na rynku wykonawcom oferującym bieliznę możliwość ubiegania się o zamówienie.
14. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwić wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, co jednak nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą ubiegać się wszyscy wykonawcy oferujący rzeczy zbliżone, podobne do wymaganych przez Zamawiającego (wyrok KIO 471/12).
15. Przytaczam w tym miejscu wyrok **KIO 36/2020**, zgodnie z którym to „Proces udzielenia zamówienia, zgodnie z przepisami p.z.p., nie może służyć wyłącznie abstrakcyjnemu zapewnieniu uczciwej konkurencji. Proces udzielenia zamówienia musi służyć także temu, aby zamawiający zrealizował swój cel, czyli doprowadził do realizacji zamówienia. Nie chodzi przy tym o to, aby doszło do realizacji zamówienia w jakikolwiek sposób, ale o to, by realizacja tego zamówienia zapewniła osiągnięcie przez zamawiającego jego uzasadnionych potrzeb.”
16. Przytaczam w tym miejscu wyrok **KIO 585/19**, zgodnie z którym to „Każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby, na co wskazywał zamawiający w tym przypadku. Nikt też nie odbiera zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby sprzęt ten służył jego specyficznym potrzebom. Zgodzić się też należy, że zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.  
**Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji.** Izba wskazuje, iż zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ich poszanowanie nie oznacza, że zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot o niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb, ma oczywiście prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również tak określić przedmiot zamówienia aby odpowiadał celom dla których ma służyć, wykazując się jednak również szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych.”

17. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte na podstawie polecenia (rozkażu) wyższych przełożonych – pismo nr Z-1769/20 z dnia 27.11.2020. Kluczowy dla opisu przedmiotu zamówienia dokument jest objęty klauzulą ZASTRZEŻONE. Z uwagi na powyższe, **zgodnie z obowiązującymi przepisami nie może one zostać przekazany bez zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy.** Zawiera on istotne dane dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w szczególności dotyczące zastosowania konkretnych WTU do danego przedmiotu zamówienia.
18. Wydane polecenie służbowe dotyczące wszczęcia postępowania na zakup między innymi bielizny stanowi rozkaz w rozumieniu art. 115 § 18 ustawy kodeks karny. Zgodnie z powyższym przepisem „rozkazem jest polecenie **określonego działania** lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem.” **Żołnierz, który odmawia wykonania rozkazu, bądź wykonuje go niezgodnie z poleceniem popełnia przestępstwo stypizowane w art. 344 kodeksu karnego.**
19. Z uwagi na powyższe uwarunkowania prawne, żołnierz zawodowy miał obowiązek ustawy wykonania polecenia służbowego zgodnie z jego treścią, bez wprowadzania do tego polecenia jakichkolwiek modyfikacji. Przedkładając ten przepis na realia postępowania, miał obowiązek dokonać zakupu nie jakiegokolwiek bielizny, ale bielizny wyprodukowanej zgodnie z WTU 74/DKWS oraz WTU 75/DKWS pomimo, że to właśnie owe WTU zawierały kwestionowane zapisy.
20. WTU zawiera dopuszczenie stosowania technologii równoważnych (tabelki, opisy przędzy), choć faktycznie sposób ich zapisania mógłby być bardziej czytelny i jednoznaczny, I faktem jest, że nie zawarto zapisu „lub równoważny.”
21. Zgodnie z orzecznictwem KIO wszelkie wątpliwości i niejasności w zapisach dokumentacji należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy.
22. 3 RBLog realizuje zakupy na podstawie „Planu zakupu środków materiałowych dla SZ RP w latach...” (zakupy realizowane w ramach CPR) oraz „Planu zakupu środków materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej Inspektoratu Wsparcia SZ w latach...” (zadania zlecone). W obydwu tych planach występuje kolumna pod nazwą „Norma/DTT/ Rozkaz”, która to nakazuje dokonanie zakupu zgodnie z dokumentacją, której sygnatura została umieszczona w tej kolumnie (np. 74/DKWS, 75/DKWS itp...). Zgodnie z treścią zapisów tej kolumny, Zamawiający ma obowiązek dokonać zakupu PUiW spełniających wymagania zawarte w tej dokumentacji. W przypadku zakupów CPR dokumentację na podstawie której są realizowane zakupy dla Wojsk Specjalnych i oddziałów specjalnych ŻW opracowuje Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych, wprowadza do „Planu zakupu...” poprzez Zarząd Planowania Rzeczowego Sztabu Generalnego WP P-8, a „Plan...” ten zatwierdza Minister Obrony Narodowej. Zamawiający nie posiada kompetencji do negocjowania czy też ingerowania w treść zapisów zawartych w tej dokumentacji. Zamawiający nie opracowuje i nie zatwierdza jej. Zamawiający otrzymuje z DKWS opracowaną dokumentację w formie pliku pdf, umieszcza ją jako załącznik w ogłoszonym postępowaniu przetargowym nie ma możliwości dokonania zmian przesłanej dokumentacji.
23. 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.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić – co podkreślono także na str. 13 Informacji o wyniku kontroli – iż dopuszczalność wskazania w treści opisu przedmiotu zamówienia znaków towarowych uzależniona jest od kumulatywnego spełnienia przesłanek wymienionych enumeratywnie w treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli nie kwestionuje wykazanego w ramach Informacji o wyniku kontroli faktu niespełnienia pod względem formalnym co najmniej przesłanek, o których mowa w pkt 1) i 2) na str. 13 Informacji o wyniku kontroli. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie sprowadza się jedynie do wyjaśnienia, iż Zamawiający otrzymał polecenie przeprowadzenia niniejszego postępowania zgodnie z przekazaną dokumentacją, której nie może zmieniać oraz negować.

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. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Wykładnię taką potwierdza orzecznictwo sądowe, powołane na str. 14 Informacji o wyniku kontroli (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 stycznia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 139/21).

Należy podkreślić, iż dla oceny dokonanego przez Zamawiającego naruszenia oraz wpływu na wynik postępowania nie ma znaczenia m.in. fakt, że Wojskowa Dokumentacja Techniczno-Technologiczna stanowi dokument opracowany przez instytucję wskazaną przez Ministra Obrony Narodowej. Wskazać należy bowiem, iż przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, stanowiło w danym okresie czynność regulowaną przepisami ustawy Pzp i to zgodność działań Zamawiającego z przepisami tej ustawy badano w toku kontroli doraźnej. Odstąpienia od stosowania przepisów aktu normatywnego rangi ustawowej nie mogą uzasadniać żadne wewnętrzne regulacje dotyczące Zamawiającego, a wszelkie akty normatywne niższego rzędu, w tym rozporządzenia, muszą być interpretowane w taki sposób, aby zachować zgodność z treścią przepisów ustaw. Jednocześnie należy zauważyć, iż dokumentem, który określa opis przedmiotu zamówienia wiążący w toku postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp jest specyfikacja warunków zamówienia przygotowywana przez Zamawiającego. To Zamawiający ostatecznie decyduje o jej kształcie i treści, która zostanie przekazana do wiadomości wykonawców. Stanowisko takie wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 lutego 2023 r. sygn. akt KIO/KD 1/23 przywołanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 czerwca 2023 r. (s.13 )

Tym samym zasadne jest uznanie, iż 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 przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu, nie uwzględniając zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2023 r., podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 6 czerwca 2023 r. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 14 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 11/23) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 6 czerwca 2023 r. nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej zwaną „ustawą Pzp”, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – skarpety specjalne letnie i zimowe WS oraz bielizna specjalna letnia i zimowa WS** nr sprawy 80/2021 r., ID postępowania 459255.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 11/23).

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
  
Hubert Nowak

**Załączniki:**

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 11/23).