

Sygn. akt: KIO 1160/17

WYROK
z dnia 27 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 23 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Z. D. B. sp. z o.o. z siedzibą w B.(1)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: 4 Regionalna Baza Logistyczna we W.**

przy udziale wykonawcy **A. R. J. A. S. K. Q. w B.(2)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Z. D. B. sp. z o.o. z siedzibą w B.(1)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Z. D. B. sp. z o.o. z siedzibą w B.(1)** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 Zasądza od wykonawcy **Z. D. B. sp. z o.o. z siedzibą w B.(1)** na rzecz zamawiającego **4 Regionalna Baza Logistyczna we W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: 4 Regionalna Baza Logistyczna we W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych nr. Sprawy MAT/2/2017, część 1 – menażki ze stali nierdzewnej.

Odwołujący: Z. D. B. sp. z o.o. w B.(1) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Zarzucił:

I. naruszenie pkt 5.1 zdanie pierwsze siwz w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. z B.(2) pomimo, iż podmiot ten nie spełnił warunków formalnych udziału w postępowaniu, w tym nie wykazał iż posiada zdolność do realizacji przedmiotu umowy popartą należyтым wykonaniem co najmniej jednej dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, czym naruszył warunek 5.2.1 siwz

II. naruszając przepis art. 22d ust 1 i 2 ustawy Pzp zaniechał oceny A. z B.(2) jako wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia pomimo wskazywanych w toku postępowania jego uchybień polegających na wprowadzeniu w błąd Zamawiającego i przedstawieniu przez tego oferenta „wzoru oferowanej menażki nierdzewnej” jako swojego produktu, chociaż faktycznie został on wyprodukowany przez Odwołującego się oraz pomimo nie spełnienia wymogu tłoczenia oznakowania produktu i naniesienia na przedstawionym wzorze błędnych oznaczeń nie spełniających wymagań określonych w załączniku nr 5 do SIWZ.

III. naruszając przepis art. 89 ust 2 ustawy Pzp nie odrzucił oferty A. pomimo, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia albowiem dostarczony wzorzec menażki:

a. nie posiada wytłoczonego lecz wygrawerowane wymagane oznakowanie menażki czym narusza pkt 3 ust 1 „Szczegółowego opisu przedmiotu umowy”,

b. zawiera błędne oznaczenie menażki niezgodne z pkt 1 ust 2 „Szczegółowego opisu przedmiotu umowy” przez nie zamieszczenie nazwy wyrobu „menażka” i przez wygrawerowanie nieprawidłowego numeru normy na pokrywce (na kociołku norma wygrawerowana poprawnie).

IV. naruszając przepis art. 89 ust 3 ustawy Pzp nie odrzucił oferty A. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym:

- a. w przypadku przyznania, że menażka jest produktem odwołującego się, czyn polega na fałszywym oznaczeniu pochodzenia wzorca produktu,
- b. w przypadku podtrzymania twierdzenia A. o wyprodukowaniu wzorca w Chinach czyn polega na dokładnym skopiowaniu gotowego indywidualnego wyrobu, produkowanego niezmiennie od wielu lat przez odwołującego się, wprowadzającym w błąd co do tożsamości producenta i produktu

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykluczenie wykonawcy A. z postępowania;
- 2) ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty A.
- 4) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie

W dniu 31 maja 2017 r. wnoszący odwołanie został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że termin złożenia niniejszego odwołania został zachowany. Jako wykonawca także ubiegający się o zamówienie, odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku jego uwzględnienia, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zaniechanie wykluczenia firmy A. z niniejszego postępowania przetargowego i wybór oferty tego podmiotu jest wadliwe z uwagi na następujące okoliczności:

Firma A. nie spełniła warunku udziału w postępowaniu wymaganego zgodnie z pkt 5.2.1 SIWZ. Punkt ten wymaga wykazania, iż oferent posiada zdolność do realizacji zamówienia. Brak wykazania zdolności powodować musi już na wstępnym etapie wykluczenie oferenta z postępowania przetargowego i brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia (pkt 5.2).

Nie został spełniony przynajmniej jeden warunek wymieniony w pkt I ust. „a” niniejszego odwołania.

Obowiązkiem oferenta pkt 5.2.1. było poprzeć swoją ofertę dowodem należytego wykonania co najmniej jednej dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia. Tego warunku A. nie spełnił.

Przedstawione pismo - list referencyjny jednoznacznie nie dotyczy przedmiotów tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia. Z listu nie wynika bezwzględnie wymagane wykazanie na wstępnym etapie, że jest to rzecz tożsama z przedmiotem zamówienia. Ani oferent, ani chiński odbiorca wystawiający referencje nie wskazał jaka

menażka czy inne nierdzewne metalowe naczynie było zamówione i nie przedstawił powoływanej w liście referencyjnym specyfikacji.

Przedmiotem tożsamym funkcjonalnie i rodzajowo jest taki przedmiot, który wynika z SIWZ i wskazanej w SIWZ Normy Obronnej. Z oświadczenia chińskiego producenta z dnia 13.03.2017 wynika, że dopiero w wyniku realizacji zamówienia wykona wzór, matryce, wykrojniki itd, a więc jednoznacznie z porównania tych dokumentów wynika, że przedmiotem dostawy z dn. 1.09.2016 - 30.11.2016 nie mogły być produkty tożsame funkcjonalnie i rodzajowo z przedmiotem zamówienia, bo dopiero zostaną wykonane w przypadku zamówienia ich przez firmę A..

Odwołujący się zwraca uwagę, że skoro taka dostawa miałaby dotyczyć produktu tożsamego rodzajowo i funkcjonalnie, to musi taki produkt mieć wszystkie cechy menażki dostosowanej nie tylko do spożywania posiłków i przechowywania żywności w warunkach polowych ale także posiadać cechy dodatkowe wymagane w Normie Obronnej i w szczegółowym opisie przedmiotu umowy. Taką cechą jest możliwość trwałego połączenia kociołka z pokrywką dającą naczynie podwójne czy możliwość przytroczenia menażki do plecaka (konieczne są do tego specjalne uszka). Zamawiający zaniechał jakichkolwiek czynności, by ustalić czy warunek z pkt 5.2.1 SIWZ został spełniony. Cechy dodatkowe, wymagane od takiego sprzętu są istotne i przewiduje je norma i specyfikacja. Wymóg wykazania, że wcześniejsza, przynajmniej jedna dostawa dotyczyła produktu o cechach tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie spoczywał na ofercie. Warunek ten nie został spełniony i zgodnie z powołanym zapisem SIWZ A. nie wywiązał się z warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego się, skoro wymóg z pkt 5.2.1 jest warunkiem udziału w postępowaniu przetargowym, to dowód wypełnienia tego warunku powinien być złożony równocześnie z ofertą. Zamawiający miał możliwość wezwania wybranego oferenta w terminie 10 dni do złożenia wykazu wszystkich dostaw w okresie ostatnich 3 lat (pkt 6.4.1 nie wymagając tożsamości) ale tego nie uczynił. Skoro sam oferent nie udowodnił spełnienia warunków SIWZ, a Zamawiający zaniechał jakichkolwiek czynności sprawdzających, konieczne było w tej sytuacji wykluczenie tego wykonawcy od udziału w przetargu z uwagi na niewywiązanie się z obowiązku określonego w pkt 5.2.1 SIWZ

Ad II

Zamawiający powinien wykazać się należyłą starannością i troską dbając o taki wybór wykonawcy, który zapewni należyte wykonanie zamówienia. Ta ostrożność jest szczególnie wymagana wobec wykonawcy wcześniej nie sprawdzonego i do tego nie posiadającego własnych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Możliwe powołanie się na zdolności produkcyjne innego podmiotu powinno spowodować odpowiednią jego weryfikację

i znaczną ostrożność. Jeśli do tego jest to podmiot z Chin, znanych z produkcji towarów niskiej jakości, taka weryfikacja powinna mieć miejsce.

W niniejszej sprawie zostały przez oferenta złożone jedynie oświadczenia, które dla podmiotów z Chin, które je składają nie wywołują żadnych ujemnych skutków prawnych.

Z oświadczeń złożonych przez A. wynika jednoznacznie, że produkt z dostawy w 2016 roku nie miał cech wymaganych w niniejszym postępowaniu, a producent chiński na moment podpisywania oświadczenia nie posiada jeszcze wzoru, matryc, wykrojników itp. i je dopiero wykona realizując zamówienie. W tej sytuacji jednoznacznie nieprawdziwe jest oświadczenie firmy A. o wykonaniu przedstawionego wzoru menażki w Chinach, gdyż wynika to ze złożonych przez tego oferenta pism podmiotów z Chin.

Całkowitym nieporozumieniem jest odpowiedź Zamawiającego na zwrócenie mu uwagi na próbę wprowadzenia go w błąd przez A.. Z abstrakcyjnych powodów Zamawiający w piśmie nr: ZP/594/17 z dnia 23 maja 2017 r. do odwołującego się stwierdza, że nie jest uprawniony do oceny wzoru menażki przedstawionego przez A..

Ocena ta jest jednym z podstawowych zadań Zamawiającego i jego obowiązkiem. Ta sama uwaga dotyczy innych stwierdzeń w tym samym piśmie, w którym Zamawiający stwierdza, że nie ma możliwości oceny wykonania wytłoczonego oznaczenia na menażce i jego prawidłowości, a także że nie ma możliwości oceny dolności produkcyjnej (cyt:) „przemysłu zlokalizowanego w Chinach”. Skoro Zamawiający twierdzi, że nie ma możliwości dokonania podstawowych w postępowaniu przetargowym ocen, to tym samym przyznaje, że nie dokonał sprawdzenia czy doszło do wypełnienia warunków przetargu określonych w SIWZ i właściwości przedmiotu zamówienia określonego w Normie Obronnej NO-73-A200:2001/AI:2011. Sam Zamawiający formułując tak swoje pismo podważa swoje kompetencje i prawidłowość postępowania przetargowego.

Zamawiający otrzymał wyraźny sygnał ze strony odwołującego się o nieprawidłowościach i próbie wprowadzenia go w błąd i niskich kwalifikacjach A. u, który nie był w stanie nawet prawidłowo oznaczyć gotowej menażki wyprodukowanej w B.(1).

Gdy mowa o ocenie, do której zobowiązany jest Zamawiający, trzeba zwrócić uwagę na brak jakichkolwiek wymagań jakościowych i brak możliwości prawidłowego sprawdzenia dostarczanego przez chińskiego wykonawcę produktu - SIWZ przewiduje sprawdzenie ilościowe bez wymagań jakościowych określonych normą. Do polskiej armii teoretycznie może trafić produkt z blachy zawierającej np. trujący molibden czy zawierający szkodliwe związki zawarte w farbie. Takiego niebezpieczeństwa nie ma przy materiałach stosowanych w Europie, do których stosuje się bardzo rygorystyczne normy.

Ad III

Niedopuszczalne jest zastosowanie przez A. grawerowania oznaczenia menażki. Po pierwsze dlatego, że jest to wymóg SIWZ od którego nie może być odstępstwa. Po drugie grawerowanie polega na wybraniu materiału i zmniejszenie w tym miejscu grubości użytej blachy. Skoro norma przewiduje minimalną grubość 0,5 mm, to w miejscu grawerowania blacha ta może nie spełniać wymaganej przez normę grubości. Takiego niebezpieczeństwa nie ma w przypadku tłoczenia albowiem nie dochodzi tu do usunięcia części materiału. Wygrawerowane oznakowanie menażki narusza pkt 3 ust 1 „Szczegółowego opisu przedmiotu umowy i dyskwalifikować powinno przedstawiony wzór produktu.

Niedopuszczalna jest akceptacja przez Zamawiającego błędnego oznaczenia menażki, gdyż podane na wzorze oznaczenie nie odpowiada normie NO-73-A200:2001/AI:2011 i jest niezgodne z jednoznacznymi wymaganiami SIWZ zawartymi w pkt 1 ust 2 „Szczegółowego opisu przedmiotu umowy” przez nie zamieszczenie nazwy wyrobu „menażka” i przez wpisanie nieprawidłowego numeru normy na pokrywcę (na kociołku norma wpisana poprawnie). Błędne oznaczenie nie spełniające normy i nie spełniające wymagań SIWZ także powinno dyskwalifikować przedstawiony wzór a tym samym ofertę A..

Nie ma żadnych wątpliwości i zostało to przyznane przez Zamawiającego w piśmie nr; ZP/594/17 z dnia 23 maja 2017 r. skierowanym do odwołującego się, że przedstawiony przez A. wzór jest identyczny z produktem odwołującego się Z. D. B. Sp. z o.o. (różnica wyłącznie w oznaczeniu). Jest to produkt identyczny dlatego, że w rzeczywistości jest to egzemplarz wyprodukowany w B.(1), Jest to zatem czyn nieuczciwej konkurencji naruszający art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na nieprawdziwe zapewnienie A., że to produkt chiński i ma nieprawdziwe oznaczenie producenta czym usiłował wprowadzić w błąd Zamawiającego. Gdyby nawet dać wiarę oświadczeniu firmy A., co do własnego wytworzenia przedstawionego wzoru, to jego skopiowanie także stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art., 13 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Bez względu na to, jak zostałby zakwalifikowany wzór przedstawiony przez A., Zamawiający na podstawie art. 89 ust 3 ustawy Pzp powinien odrzucić ofertę tej firmy.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione, a czynności zamawiającego we wskazanym zakresie powtórzone.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, iż zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 89 ust. 2 i 3 ustawy pzp wskazują na przepisy nie obowiązujące lub odnoszące się do zupełnie innej materii, a zatem niezrozumiałe i nieadekwatne do ich uzasadnienia.

W razie poddania zarzutów ich merytorycznej ocenie zamawiający wskazuje, iż są one chybione i bezpodstawne;

1/ brak jest dowodu, jakoby oznakowanie menażki przedstawionej przez przystępującego było grawerowane, a nie tłoczone,

2/ oznakowanie wzoru menażki przystępującego zgodne jest z wymogami normy obronnej NO-73-A200:2001/A1:2001 (pkt 2.12 – „Znakowanie menażki”) zaś niewłaściwa kolejność w przywołaniu zmiany normy (2011:A1 zamiast A1:2011) pozostaje bez znaczenia wobec faktu, że wskazuje ona na zmianę normy i rok jej dokonania, co jest nieistotną omyłką,

3/ odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż menażka przystępującego nie jest jego produktem, ani też dowodów wskazujących na przysługującą odwołującemu ochronę patentową lub wyłączność tego wzoru – wzór został opracowany na podstawie normy obronnej autorstwa Ministerstwa Obrony Narodowej,

4/ czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu /.../ jeżeli może wprowadzić w błąd co do tożsamości producenta lub produktu (art. 13 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 2003 ro. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – nie stanowi takiego czynu naśladownictwo cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność (art. 13 ust. 2).

Dostarczony wzór menażki miał wykazać poprawność jej wykonania, a nie wykonania wytłoczenia. Wymagany normą obronną opis na menażce wykonany został w formie trwałej ingerencji w strukturę menażki i zgodnie z tą normą na denkach kociołka i pokrywy zawiera symbol wyrobu, nazwę producenta, rok produkcji, nr normy, pojemność menażki (kociołka), znak kontroli jakości (pkt 2.12 normy).

Zamawiający nie znalazł podstaw do kwestionowania prawdziwości informacji przystępującego, który stanowczo oświadczył, że załączony do oferty wzór został wyprodukowany przez J. C. X. A. X. M. P. CO. LTD. na podstawie wzoru zakupionego aukcji internetowej Allegro, który nie nosił oznaczeń producenta i był wykonany wg wymagań normy obronnej i przesłanego do producenta, a także rysunku technicznego, i nie może być w tym przypadku mowy o uznaniu przedmiotowego postępowania za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wskazanej wyżej ustawy. Zamawiający nie ma podstaw, by uznać, że na jakimkolwiek etapie postępowania został przez A. wprowadzony w błąd, albo, że przedstawiono mu produkt, co do którego odwołujący rościłby sobie skutecznie prawo jako właściciel praw autorskich czy patentowych.

Odnosnie zarzutów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego zamawiający stwierdził, że A. złożył wykaz dostaw polegając na zdolnościach technicznych i zawodowych innego podmiotu tj. producenta z Chińskiej Republiki Ludowej - J. C. X. A. X. M. P. CO. LTD. wykazując tym samym wykonanie co

najmniej jednej dostawy (menażki nierdzewnej dla armii wenezuelskiej) produktu tożsamego rodzajowo i funkcjonalnie z podmiotem zamówienia – menażki ze stali nierdzewnej, załączają wraz z zestawieniem referencje (przetłumaczone na język polski odbiorcy – sprzedawcy dla Wenezueli: Z. I. and T. Co. Limited, a także oświadczenie – załącznik nr 6 do siwz „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” podpisane przez producenta. Ponadto A. złożył na wezwanie zamawiającego wzór menażki zgodny z siwz i przywołaną w siwz normą obronną. Tym samym wykazał, że posiada zdolność do realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający nie godzi się ze stanowiskiem odwołującego, zgodnie z którym z łącznej analizy oświadczenia producenta a 13 marca 2017 r. oraz listu referencyjnego z 17 marca 2017 r. wynikało, że producent ten nie wykonał dotychczas produktu (menażki ze stali nierdzewnej) zgodnej z przedmiotem zamówienia. Przeciwnie, w ocenie zamawiającego treść referencji z 17 marca jednoznacznie wskazuje, że producent ten dostarczył w dniach od 1 września 2016 r. do 30 listopada 2016 r. „sprzęt, którym był odporny na korozję pojemnik metalowy do celów spożywczych w wojsku (menażka)”, a zatem dokładnie zbieżny z opisanym jako przedmiot zamówienia w postępowaniu.

Treść oświadczenia z 13 marca 2017 r. w żadnym fragmencie nie pozostaje w sprzeczności z referencjami wskazującą jedynie, że producent ten odda A. do dyspozycji niezbędne zasoby, doświadczenie, referencje itd. na potrzeby realizacji (kolejnego) zamówienia (w tym przypadku dostawy sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych tj. przedmiotowego. Porównanie dokumentów nie daje zatem podstaw do kwestionowania wykonania przez producenta uprzednio przedmiotu tożsamego z zamówieniem, a tym samym do kwestionowania spełniania warunku udziału.

Odnosząc się do zarzutu, że referencje nie potwierdzają wyraźnie, że produkt w nich opisany posiada wszystkie cechy dodatkowe wymagane w normie obronnej i w szczegółowym opisie przedmiotu umowy, zamawiający wskazał, za orzecznictwem KIO, że referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania umowy i nie muszą powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, zawierającym opis dostaw.

A. załączył do oferty wzór menażki, którego kształt, wymiary liniowe, kolor i przeznaczenie są opisane w siwz, wzorze umowy i przywołanej w siwz normie obronnej.

W ocenie zamawiającego brak jest podstaw do przyjęcia, że przesłana przez A. menażka została wyprodukowana przez odwołującego. Zgodnie z wyjaśnieniami A. z dnia 26 maja 2017 r. podmiot ten posiada dowody, które wskazują, że załączony wzór menażki został wyprodukowany na jego zlecenie przez uprawniony podmiot w Chinach. Nie jest istotne, kiedy wzory zamawianych towarów zostały wyprodukowane, lecz kiedy wzór został doręczony i czy spełnia wymagania siwz.

Za bezpodstawne uznał też twierdzenie, że podmioty z Chin znane są z produkcji towarów niskiej jakości, a taki producent powinien być weryfikowany szczególnie dokładnie; jest to założenie dyskryminacyjne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

Przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał także na wadliwą konstrukcję zarzutów i błędne wskazanie przepisów ustawy oraz zapisów siwz. Wskazał na złożone dokumenty ofertowe, w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, wykaz dostaw na potwierdzenie spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu, dokumenty referencyjne. Zauważył, że zamawiający w postanowieniach siwz żądał wykazania dostaw tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, a nie wykazania dostaw identycznych z przedmiotem zamówienia. Taki warunek ograniczałby konkurencję i tworzył monopol odwołującego, który jest wieloletnim producentem menażek wojskowych dla Wojska Polskiego.

Na kolejny zarzut wskazujący na możliwość trafienia do zamawiającego produktu toksycznego/szkodliwego przystępujący wskazał na wymóg z pkt 6.5 siwz. i fakt przedstawienia Świadectwa Jakości zdrowotnej Państwowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny.

Potwierdził, że wzorzec wykonano na jego zlecenie w Chinach przedstawiając fakturę zakupu wzorów. Stwierdził, że przedstawiony wzór ma prawidłowe oznakowanie i brak jest dowodu, iż napisy na menażce są grawerowane, a nie wytłoczone.

Za bezpodstawny uznał zarzut, jakoby popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Zanegował stwierdzenie odwołującego, że przedstawiony produkt został przez odwołującego wykonany. Wskazał również, że cena oferty odwołującego przekracza budżet zamawiającego przeznaczony na zakup zadania w części 1 – menażki ze stali nierdzewnej.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący wskazał na omyłkę w oznaczeniu naruszonego w jego ocenie przepisu art. 89 ustawy PZP. Przypomniął, że zgodnie z pkt 5.2.1 specyfikacji należało wykazać zdolność do realizacji zamówienia przez wskazanie dostaw tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia tj. menażek. Zauważył, iż z pisma producenta z 13.03.2017 r. wynika, iż uprzednio nie dysponował on niezbędnym oprzyrządowaniem do produkcji menażek. Stwierdził, że przedstawiony Zamawiającemu przez Przystępującego wzorzec nie spełnia warunków wynikających z normy jak i specyfikacji, w tym co do oznaczenia i sposobu wykonania. Zauważył, że w załącznikach do pisma Przystępującego znajduje się faktura z

05.01.2017 r. dotycząca aranżacji próbek menażki. Zwrócił uwagę, że Zamawiający niedostatecznie uważnie zbadał otrzymane wzorce. Ponownie wskazał na wymogi normy i specyfikacji co do oznaczenia menażki. Przypomniał wymóg spełniania funkcji przez przedstawiany produkt. Poddał w wątpliwość, czy menażki z dostaw referencyjnych spełniają wymagania funkcjonalne zgodnie z pkt 5.2.1 specyfikacji. Ocenił, na podstawie przeprowadzonych oględzin wzorców, że Przystępujący przedstawił produkt Odwołującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na pisemne uzasadnienie stanowiska. Przypomniał, iż nie przedstawiono dowodu, jakoby oznaczenie menażki było grawerowane, a nie tłoczone. Przedstawione oznaczenie nie jest sprzeczne z obowiązującą normą, jakkolwiek było obarczone omyłką, polegającą na przestawieniu miejsca i roku zmiany. Stwierdził, że samo oznaczenie nie ma wpływu na walory użytkowe menażki.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przypomniał błędy w sformułowaniu zarzutów przez Odwołującego, w tym wskazanie nieobowiązujących przepisów ustawy lub niepozostających w związku z opisem stanu faktycznego. Podtrzymał argumentację zawartą w złożonym piśmie z załącznikami. Podkreślił brak dowodu na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Potwierdził, że oferowany produkt pochodzi od wskazanego w dokumentacji chińskiego producenta, z którym współpracuje za pośrednictwem innych podmiotów, w tym wskazanego we wcześniej opisanej fakturze. Podkreślił, że dostawy referencyjne, jako tożsame rodzajowo i funkcjonalnie, potwierdzały wymóg z pkt 5.2.1 specyfikacji. Stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie podniesionych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji. Nie ma przy tym znaczenia podnoszona przez przystępującego okoliczność, że cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 1 tj. będącej przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający zauważa, że odwołanie wskazuje czynności i zaniechania zamawiającego, które w ocenie odwołującego naruszają przepisy ustawy, w szczególności zawiera przedstawienie okoliczności faktycznych sprawy, co pozwala na ich rozpatrzenie pomimo faktu, iż wskazano błędnie niektóre przepisy ustawy, które zdaniem odwołującego zostały naruszone. W szczególności zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 89 ust. 2 i 3 ustawy pzp wskazują na przepisy nie obowiązujące lub odnoszące się do innej materii.

Rozpatrując zarzuty merytorycznie skład orzekający uznaje, że brak jest dowodu, iż oznakowanie menażki przedstawionej przez przystępującego było grawerowane, a nie tłoczone. Ponadto oznakowanie wzoru menażki przystępującego należy uznać za zgodne z wymogami normy obronnej NO-73-A200:2001/A1:2001 (pkt 2.12 – „Znakowanie menażki”) natomiast niewłaściwa kolejność w przywołaniu zmiany normy (2011:A1 zamiast A1:2011) pozostaje bez znaczenia wobec faktu, że jest to nieistotną omyłką o charakterze formalnym. Izba stwierdza także, że odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż menażka przystępującego nie jest jego produktem, ani też dowodów wskazujących na przysługującą odwołującemu ochronę patentową lub wyłączność tego wzoru.

Nie stwierdzono także, iż przystępujący swoim postępowaniem popełnił czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 2003 ro. Nr 153, poz. 1503 ze zm., w szczególności nie stanowi takiego czynu ewentualne naśladownictwo cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność.

W ocenie Izby wiarygodne i potwierdzone zostały okoliczności sporządzenia wzoru menażki w zgodzie z wymogami siwz i normy obronnej powołanej w specyfikacji.

Nie znaleziono podstaw do kwestionowania prawdziwości informacji przystępującego, który oświadczył, że załączony do oferty wzór został wyprodukowany przez podmiot trzeci – producenta, który także udostępnił wykonawcy zasoby.

Odnosnie zarzutów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego dokumentacja postępowania potwierdza, że przystępujący złożył wykaz dostaw polegając na zdolnościach technicznych i zawodowych innego podmiotu tj. producenta z Chińskiej Republiki Ludowej wykazując tym samym wykonanie co najmniej jednej dostawy (menażki nierdzewnej dla armii wenezuelskiej) produktu tożsamego rodzajowo i funkcjonalnie z podmiotem zamówienia – menażki ze stali nierdzewnej, załączając wraz z zestawieniem, także oświadczenie – „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” podpisane przez producenta. Ponadto złożył na wezwanie zamawiającego wzór menażki zgodny z siwz i przywołaną w siwz normą obronną. Tym samym wykazał, że posiada zdolność do realizacji przedmiotu umowy.

W ocenie składu orzekającego treść referencji z 17 marca 2017 r. wskazuje, że producent dostarczył w dniach od 1 września 2016 r. do 30 listopada 2016 r. „sprzęt, którym był odporny na korozję pojemnik metalowy do celów spożywczych w wojsku (menażka)”, a zatem dokładnie zbieżny z opisanym jako przedmiot zamówienia w postępowaniu, co oznacza potwierdzenie spełniania warunku siwz opisanego w pkt 5.2.1. W ocenie Izby potwierdzona została wymagana tożsamość rodzajowa i funkcjonalna z przedmiotem zamówienia tj. menażką nierdzewną. Oczekiwanie odwołującego, że dostawy referencyjne jako tożsame z przedmiotem zamówienia powinny być identyczne prowadzą do nieuzasadnionego wniosku i zmagają w efekcie do ograniczenia dostępu do zamówienia innych niż on podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Wniosek Izby opiera się na sformułowaniu o rodzajowej zgodności oraz funkcjonalności, a nie identyczności.

W świetle powyższe skład orzekający uznał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: