

Sygn. akt: KIO 1905/18

WYROK
z dnia 8 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2018 r. przez wykonawcę Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych "FASER" spółka akcyjna w Tarnowskich Górach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową spółkę akcyjną w Jastrzębiu Zdroju

przy udziale wykonawcy DEZEGA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych "FASER" spółka akcyjna w Tarnowskich Górach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych "FASER" spółka akcyjna w Tarnowskich Górach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych "FASER" spółka akcyjna w Tarnowskich Górach na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej spółki akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna w Jastrzębiu Zdroju (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy do kopalń JSW S.A. aparatów tlenowych uciezkowych, treningowych wraz ze szkoleniem (pakiet 3 pozycje) w łącznej ilości 20 907 szt., z terminem realizacji 36 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 23 września 2018 r. wykonawca Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych "FASER" spółka akcyjna w Tarnowskich Górach (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DEZEGA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach (dalej: wykonawca DEZEGA), sprzecznej z art. 82 ust. 1 i art.87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy DEZEGA jest niezgodna z art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, z powodu zaoferowania przez wykonawcę DEZEGA, pod wskazanym oznaczeniem aparatów, a to: uciezkowego 1PVM KS i treningowego 1T2 wielu odmian wyrobu i niesprecyzowanie, który egzemplarz z tych przedmiotów jest przedmiotem oferty (vide: Instrukcja stosowania przedmiotu zamówienia aparatu uciezkowego 1PVM KS: str. 20 - „oznakowanie” i s. 22 „Specyfikacja Zamówienia”, oraz Instrukcja Aparatu Treningowego 1T2 s. 3 i s. 6 „z kasetą symulacyjną/z kasetą regeneracyjną”, ani też nieprzedstawienie - w tym celu - ich wzorca ani wzorca WE, który miał być badany i dla którego wystawiono, załączony przez wykonawcę, Certyfikat WE nr: EPT 0477.PPE.16/2413, ani aktualnego świadectwa WE wyrobu, poddanego badaniu zgodności, na podstawie procedur określonych w §40 lub §41 Rozporządzenia i Dyrektywy (art. 1 1A lub 1 1B), które pozwoliłyby Zamawiającemu - zgodnie ze wskazanym w pkt. 2.1.1 SIWZ Rozporządzeniem, na identyfikację wyrobu oraz na weryfikację jego cech za pomocą oferowanych dokumentów, a także na identyfikację producenta i jego związku z oferowanym wyrobem.

Ponadto oferta wykonawcy DEZEGA jest, zdaniem Odwołującego, niezgodna z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zd. drugie, gdyż oferta została zmieniona w zakresie warunków gwarancji przewidzianych w SIWZ i oświadczeniu wykonawcy DEZEGA o spełnieniu wymogów Zamawiającego przewidzianych w SIWZ, czyli również w zakresie oczekiwanych przez zamawiającego warunków gwarancji aparatu ucieczkowego 1PVM KS, przedstawionych Zamawiającemu przez wykonawcę w dokumencie Instrukcji stosowania przedmiotu zamówienia, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 4.09.2018r., złożonego w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych prowadzącego, do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez wykonawcę nowej oferty poprzez oznaczenie (wyodrębnienie) z 5-cio lub 10-cio letniego okresu gwarancyjnego, okresu 3 lat na pas nośny mimo, iż pas ten stanowi integralną część oferowanego środka ochronnego i mimo, iż wykonawca DEZEGA nie ma umocowania w treści postanowień tej Instrukcji, ani jakiegokolwiek umocowania - producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela -w treści jakiegokolwiek dokumentu, przedstawionego Zamawiającemu, złożonego - w tym, czy innym postępowaniu - a które mogło być przywołane, zgodnie z pkt. 1 1.11 SIWZ w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, wezwanie wykonawcy DEZEGA na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, pismem z dnia 4.09.2018r DZP/KHM.2280-77/P/DZZ/18-27/18, zobowiązującym wykonawcę do „złożenia wyjaśnienia” do dokumentu „Instrukcji stosowania przedmiotu zamówienia”, uprzednio żądanego przez Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w pkt. 8 pisma z dnia 23.08.2018r., w zw. z pkt.3.2 zał. nr 1 do SIWZ, na pytanie, czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania punktu 2.4 ppkt c Specyfikacji, a więc wezwania, które prowadzi do naruszenia zakazu z art.87 ust. 1 zd. drugie, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych także przez próbę obejścia normy art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w wyniku:

a) zmiany dokumentu Instrukcji obu aparatów tj.:

- aparatu ucieczkowego 1 PVM KS przez zmianę jej postanowień, kształtujących na stronie 22 instrukcji 5 i 10 letni okres gwarancyjny dla całego aparatu, w skład którego wchodzi pas wskazany w zapytaniu zamawiającego (pkt. 11 str,7 Instrukcji) i pkt.2.4 zał. nr 1 do SIWZ,

- aparatu treningowego 1 T2 przez zmianę jej postanowień, kształtujących na str. 15 Instrukcji „gwarancję trwałości użytkowej” aparatu, tylko przez okres 18 miesięcy od daty przekazania do użytkowania, a nie dłużej, niż przez okres 2 lat w przypadku aparatu z kasetą regeneracyjną, przy czym ta gwarancja nie obejmuje pasa, który - w tym aparacie - stanowi część zamienną (k.15 Instrukcji aparatu 1T2),

b) zmiany treści pkt.2.4 Zał. nr 1 do SIWZ, w sytuacji w której Zamawiający:

- w SIWZ nie dokonał rozróżnienia warunków gwarancji dla poszczególnych typów aparatów (ucieczkowego i treningowego), stanowiąc w tym pkt. 2.4 , że „przedmiot zamówienia musi być objęty gwarancją co najmniej”, 10-cio lub 5 letnią, w zależności od tego, na ile zmian jest używany lub czy jest składowany, natomiast pas nośny musi być objęty gwarancją przez okres wynoszący 3 lata,
- zdefiniował „przedmiot zamówienia” jako Pakiet: zbiór 3 elementów w tym 2 aparatów (ucieczkowego i treningowego) oraz usługi szkolenia (pkt.4.1 i 4,2 SIWZ w zw. z pkt 1.1) a więc zastrzeżenie co do warunków gwarancji odnosi się do każdego z urządzeń wchodzących w skład Pakietu, w tym do ich części wymienionych w Instrukcji i stanowiących, zgodnie z §4 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 Rozporządzenia, integralną część środka ochrony osobistej.

2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DEZEGA, sprzecznej ze SIWZ wraz z załącznikami.

Przedłożone przez wykonawcę DEZEGA oświadczenia i dokumenty wykazują niezgodność oferty z SIWZ w:

- pkt 2.1.1 i 2.1.6 SIWZ gdyż: pozostają w sprzeczności z §9 ust. 1, 4, 6, 10 Rozporządzenia i Dyrektywy z dnia 21 grudnia 1989 r. 89/868/EWG -pkt.1.4 Zał.nr II w zw. z pkt 3 z zał. III - jak wynika z treści i rysunków Instrukcji używany aparat nie jest oznaczony nazwą producenta, a jakkolwiek znak użyty w Instrukcji na jej stronach tytułowych nie mieści się w sferze uprawnień wykonawcy DEZEGA, a zatem wyrób nie został oznaczony w sposób pozwalający na jego identyfikowalność - jak zastrzeżono w pkt. 13 Świadectwie badania typu WE nr EPT 0477.PPE 16/2413 przedstawionym zamawiającemu przez wykonawcę DEZEGA,
- pkt.3.1 zał. nr 1 do SIWZ, gdyż wykonawca DEZEGA, który nie został wymieniony w Certyfikacie badania wzorca WE, nie przedstawił Certyfikatu Wzorca WE dla siebie wystawionego jako producenta albo uprawnionego przedstawiciela, ani też nie przedstawił innych dowodów, pozwalających na identyfikację jego związku z oferowanym przedmiotem, w tym też aktualnego (corocznie wystawianego) Świadectwa jakości WE dla konkretnego wyrobu czy konkretnego zakładu takiego producenta, a zwłaszcza takiego Świadectwa WE dla wykonawcę DEZEGA - jako producenta, który dla wykazania zgodności z zasadniczymi wymaganiami określonymi Rozporządzeniem winien - obligatoryjnie - poddać badaniu swój wyrób, w trybie procedur określonych §40 lub §41 Rozporządzenia i przedstawić go, zwłaszcza, że nawet w przedłożonym do sprawy Świadectwie Badania typu WE nr EPT 0477.PPE 16/2413 zastrzeżono (pkt.14), iż *„aby w pełni spełnić wymagania dyrektywy i zgodnie z prawem umieścić znak CE producent musi również ocenić wyrób końcowy lub produkcję , zgodnie z jedną z dwóch procedur*

wymienionych w dyrektywie i ostatecznie sporządzić deklarację zgodności WE dla każdego wyrobu” a w pkt. 16 Certyfikatu zastrzeżono, że „oświadczenie nie zastępuje w żaden sposób deklaracji zgodności WE, ani nie zwalnia producenta z innych wynikających z prawa obowiązków odnośnie do odpowiedzialności za wyrób. Natomiast §35 Rozporządzenia wyraźnie wskazuje, że „dokumentacja powinna zawierać informację o działaniach podjętych przez producenta w celu zapewnienia zgodności środka ochrony indywidualnej z zasadniczymi wymaganiami określonymi w rozporządzeniu”, oraz że powinna zawierać „opis stosowanych przez producenta urządzeń kontrolno-pomiarowych, przeznaczonych do kontroli zgodności produkcji środków ochrony indywidualnej z normami zharmonizowanymi lub innymi wymaganiami technicznymi oraz do utrzymania odpowiedniego poziomu jakości produkcji tych środków”.

- pkt 3.2 zał.nr 1 do SIWZ, gdyż przedstawione Instrukcje używania odnoszą się do bliżej nie sprecyzowanego aparatu z gamy tych aparatów typu 1PVM KS (k.20 i 22) a więc nie pozwalają na identyfikację z przedmiotem zamówienia, a więc dowodzą wielości ofert i zróżnicowania właściwości oferowanych przedmiotów i ich pochodzenia, bez związku z wykonawcą DEZEGA z zakresu wymagań techniczno-użytkowych, określonych Rozporządzeniem i Dyrektywą, wyłączono sposób i dopuszczalną liczbę czyszczeń aparatów i środków, które mogą być w tym celu użyte (§9 ust. 2 pkt 2 i §11 Rozporządzenia),
- pkt 2.4 zał. nr 1 do SIWZ - z zakresem gwarancji urządzeń i pasa nośnego, stanowiącego jego integralną część, przez deklarowanie odmiennych okresów gwarancji dla poszczególnych elementów pakietu zamówienia (aparat uciezkowy k.22 Instrukcji i pisma z wyjaśnieniem wykonawcy z dnia 5.09.2018r) oraz krótszy okres gwarancji (aparat treningowy k. 15 Instrukcji), a te dla całego pakietu winny być takie same a także bez wyłączeń takich, jakie zastrzeżono w Instrukcji aparatu 1T2 stwierdzając, że „gwarancja nie obejmuje części zamiennych i złączy układu doprowadzenia powietrza, które utraciły szczelność z powodu uszkodzeń mechanicznych , powstałych w trakcie przeprowadzenia ćwiczeń lub wskutek nieprawidłowego umieszczenia układu doprowadzenia powietrza po pokrywą górną aparatu,
- pkt.1 3.3 SIWZ, wobec złożenia przez wykonawcę DEZEGA ofert (możliwość wielu konfiguracji pakietu co do aparatów uciezkowych, jak i treningowych (vide Instrukcja k. 22 -ucieczkowy i k.3 i 6 aparat treningowy).
- pkt.15 SIWZ, w szczególności pkt.15.3 i 15.1 przez brak ceny jednostkowej każdej pozycji, w każdym wariantcie przedstawionego aparatu, o typie określonym daną instrukcją.

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DEZEGA, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez wprowadzenie Zamawiającego w błąd - w zakresie możliwości wykonawcy oznaczenia pochodzenia wyrobu i jego jakości. Ponadto do wskazywanych naruszeń doszło przez - wymagane Rozporządzeniem, Dyrektywą i pkt.5 zał. nr 1 do SIWZ - wystawienie Deklaracji Zgodności WE, oraz przez „oznaczenie znakiem” czy inne „użycie” znaku towarowego Uprawnionego do znaku „Dezega”, umieszczonego w na karcie 1 Instrukcji obsługi obu typów aparatów (ucieczkowego i treningowego), względnie używania znaku towarowego podmiotu, który poddał ten typ aparatu certyfikacji i został wymieniony na załączonym do sprawy Certyfikacie WE, albo co do możliwości posługiwania znakiem innego podmiotu uprawnionego do znaku towarowego Dezega, który został użyty w Instrukcji obsługi, ale nie jest podmiotem, na rzecz którego wyrób został poddany certyfikacji, i - posługiwania się dokumentami oznaczonych takim znakiem towarowym, a przez to, zatajenie ryzyka jakie wiąże się dla Zamawiającego z korzystaniem z tych wyrobów. Zapewnienie o pochodzeniu towarów przez oświadczenie o samodzielnej zdolności wykonania zamówienia określonego ofertą przez wykonawcę DEZEGA, gdy - w rzeczywistości - jak wynika z przedstawionych przez wykonawca DEZEGA dokumentów podmiot ten nie jest wytwórcą oferowanych wyrobów ani jego upoważnionym przedstawicielem i nie wylegitymował się Zamawiającemu prawem do korzystania z dokumentów przedłożonych Zamawiającemu na potwierdzenie praw do oferowanych wyrobów, ani nie przedstawił własnych dokumentów, potwierdzających zgodność oferowanych wyrobów z wymogami Zamawiającego, a przez to zatajenie ryzyka korzystania z oferowanych wyrobów, jakie wiąże się z przyjęcia oferty wykonawcy, który nie może zagwarantować zaplecza do wykonania świadczeń gwarancyjnych ani nie gwarantuje możliwości przedstawienia Zamawiającemu, z każdą dostawą, dokumentów pochodzących do Certyfikowanego Producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela takich jak: dokument kontroli jakości, deklaracja zgodności, dokument gwarancji jakości, o których mowa w pkt.5.1zał, nr 1 do SIWZ,

Zdaniem Odwołującego, skoro wykonawca DEZEGA nie zadeklarował, że wykona zamówienie za pomocą podwykonawcy, to oznacza to również, że jest samodzielnie uprawniony do:

- składania oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego
- dysponowania dokumentami składanymi na wezwanie i, że te dokumenty wykażą, iż Dostawca ten -na dzień złożenia oferty - jest umocowany do oświadczeń i dysponowania towarem, a więc pośrednio wykażą - co najmniej - kto jest producentem oferowanych wyrobów, czy jest to podmiot wskazany w Certyfikacie WE, a jeżeli nie to jakie ma prawa do oferowanych zamawiającemu wyrobów i skąd Dostawca wywodzi „ swoje” prawa do

dysponowania towarem i oferowania Zamawiającemu wyrobów tego producenta i pod jego znakiem towarowym, a – w szczególności- na warunkach określonych w SIWZ.

Zamawiający w toku badania , dokonując badania oferty Zamawiającego w części stanowiącej wszystkie składniki oferty jak i każdego z tych składników, winien był po zapoznaniu się z treścią dokumentacji przedłożonej przez Dezega Polska sp. z o.o. na 2 - krotne wezwanie zamawiającego stwierdzić, że:

1) wykonawca Dezega Polska sp. z o.o. nie powołuje się na dokumenty podmiotowe, które miałyby złożyć w innym postępowaniu i które byłyby w dyspozycji Zamawiającego (pkt. 1 1.1 SIWZ), o czym przypomniał Dostawcy Zamawiający w pkt.21 wezwania z dnia 23.08.2018rok (DZP/KH.2280-77/P/DZZ/18-26/18, w tym jakiegokolwiek dokumenty uprawnień Dezega Polska sp. z o.o. do posługiwania się przedłożonymi Zamawiającemu dokumentami wystawionymi na inne podmioty , znakami towarowymi innych podmiotów, a więc Zamawiający mógł i powinien oceniać w badaniu i ocenie ofert tylko dokumenty przedłożone przez Dostawcę w tym postępowaniu.

2) dokumenty złożone przez Wykonawcę w tym postępowaniu nie wskazują Dezega Polska sp. z o.o. ani jako producenta, ani jako jego uprawnionego przedstawiciela, a w szczególności:

- złożony na wezwanie Zamawiającego certyfikat badania wzorca WE dla Aparatu ucieczkowego , o którym mowa w pkt.3.1.zał.nr 1 do SIWZ, dotyczy innych podmiotów niż Dezega Polska sp. z o.o., nie identyfikowalnych w tym postępowaniu jakimkolwiek dokumentem, a więc nie wiadomo, czy oferowany przez Dezega Polska sp. z o.o. w Pakiecie, którykolwiek z grupy aparatów tlenowych (ucieczkowych czy treningowych), wymienionych w Instrukcji użytkowania, każdego z tych aparatów wchodzących w skład Pakietu, był podany badaniu wzorca CE, nie mówiąc już o badaniu wyrobu lub zakładu produkcyjnego pod względem zgodności z zasadniczymi wymaganiami Rozporządzenia i postanowień wprowadzanej nim Dyrektywy i w konsekwencji, wystawieniu w związku z tym, dokumentów Świadectw WE i Deklaracji WE;

- istnieje sprzeczność pomiędzy oznaczeniem podmiotów wskazanych w certyfikacie WE a osobą uprawnioną do znaku towarowego (jeżeli przyjąć, że w dokumentach Instrukcji, tylko w ten sposób, oznaczono producenta wyrobu);

- oferent nie jest wskazany w wymaganej przez Zamawiającego Instrukcji używania aparatów;

- przedłożone Instrukcje nie wskazują osoby producenta.

Zatem Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien był stwierdzić, że:

- oświadczenia, jakie złożyła Dezega Polska sp. z o.o. w formularzu ofertowym nie są

prawdziwe, gdyż nie są zgodne ze stanem rzeczy możliwym do ustalenia przez Zamawiającego na podstawie dokumentów przedłożonych na wezwanie Zamawiającego,
- Dezega Polska sp. z o.o. złożyła kilka ofert, albo jedną, ale o cechach wariantowych, nie przewidzianych w SIWZ.

Ukrycie rzeczywistych kosztów nabycia przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zważywszy na dowolność wyboru przez wykonawcę i ukształtowania przez Dostawcę konfiguracji rzeczywistego przedmiotu dostawy Aparatu Uciezkowego spośród aparatów typu 1PVM KS, wymienionych w Instrukcji obsługi (vide s.22 Instrukcji oraz konfiguracji Aparatu Treningowego 1T2 (vide s.3 Instrukcji) Zamawiający, będzie zmuszony do zakupu, istotnych dla stosowania przedmiotu zamówienia tych aparatów, a nie przewidzianych ofertą, dodatkowych elementów (kaset) , działających tylko krótki okres , nie skalkulowanych w cenie w/w Aparatu ani cenie Pakietu), a tym samym ukrycie ryzyka jakie wiąże się dla zamawiającego z korzystaniem z nabywanych Aparatów Uciezkowych i Treningowych, a – w szczególności - konieczności ponoszenia dalszych wydatków ze środków publicznych, na zakup kasety regeneracyjnej czy innych części zamiennych, które -jak wynika z załącznika A (k.15 instrukcji) nie są objęte gwarancją producenta,

Ukształtowanie nieograniczonego uprawnienia Dostawcy do doboru miejsca pochodzenia wyrobu (Turcja, Ukraina, Rosja - vide s.20 Instrukcji), a więc również z naruszeniem warunku dostaw 50% części z obszaru UE, w sytuacji gdy Dostawca przewidział możliwość dostaw z Rosji (k. 20 Instrukcji aparatu 1PVM KS), nie przedstawił certyfikatu wzorca WE pochodzącego z Rosji, ani też nie przedstawił Świadectwa WE dla wyrobu czy świadectwa zgodności WE wyrobu (§40 Rozporządzenia) czy procedury WE (§41 Rozporządzenia)wyrobu lub zakładu pochodzącego z Rosji, a przez to zatajenie ryzyka jakie wiąże się z korzystaniem z wyrobów przez ograniczenie możliwości realizacji uprawnień Kupującego w sytuacji, gdy Dostawca nie jest producentem wyrobu, nie ma zaplecza do realizacji uprawnień gwarancyjnych Kupującego i nie podlega reżimowi prawnemu RP ani UE, a zatem również ryzyka koniecznością posłużenia się innym dostawcą lub wykonaniem zastępczym i wydatkowania - na ten cel - dodatkowych środków publicznych.

4) art. 91 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, przez wybór oferty wykonawcy DEZEGA braku możliwości ustalenia bilansu ceny dla oferowanych wyrobów, w sytuacji gdy cena części wyrobów stanowiących pakiet nie została określona przez wykonawcę DEZEGA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach a Zamawiający jako jedyne kryterium wyboru wyznaczył cenę co w konsekwencji oznacza ,iż zamawiający przyjmując za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy DEZEGA Polska spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Tychach przyjął inne - nieokreślone w SIWZ kryterium wyboru odnoszące się do przedmiotu zamówienia w rozumieniu tych przepisów.

Ponieważ Zamawiający wyczerpał, zdaniem Odwołującego, możliwości żądania wyjaśnień – w powyższym zakresie i przedłożenia dokumentów na te okoliczności, pismami wzywającymi wykonawcę DEZEGA, Zamawiający postępując zgodnie z warunkami art. 7 ust. 1, art. 26 ust.1 oraz 26 ust. 2 f, w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, winien odrzucić ofertę wykonawcy DEZEGA.

Zamawiający, według Odwołującego, w świetle przepisów art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art 10 Dyrektywy, wymienionych w Orzeczeniu prejudycjalnym TSUE w sprawie C-131 Archus et Gama, nie był i nie jest uprawniony do wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów i składania wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca DEZEGA, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący na posiedzeniu podnosił, że oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia nie zostało skutecznie złożone, przez niezachowanie warunków formalnych, tj. nieprzekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu. Odwołujący oświadczał, iż otrzymał kopię zgłoszenia przystąpienia, ale nie od Przystępującego. Osoba, która przekazała kopię zgłoszenia przystąpienia (pocztą elektroniczną) nie była do tego umocowana.

Izba stwierdziła, że Przystępujący przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w terminie i Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego. Izba ustaliła również, że kopię zgłoszenia przystąpienia przesłano Odwołującemu, czego Odwołujący nie kwestionował – przeciwnie, oświadczył, że otrzymał kopię zgłoszenia przystąpienia (jako załącznik do wiadomości e-mail). Okoliczność, że przekazanie zgłoszenia przystąpienia nastąpiło z innego adresu poczty elektronicznej, niż wskazany w ofercie Przystępującego oraz przez osobę, która nie miała umocowania do przekazania kopii przystąpienia, nie ma w ocenie składu orzekającego żadnego znaczenia, skoro Odwołujący nie kwestionuje, że z kopią zgłoszenia przystąpienia mógł się zapoznać. Na marginesie można zauważyć, że nie ma znaczenia, czy osoba przekazująca kopię zgłoszenia przystąpienia miała do tego

umocowanie. Osoba przenosząca oświadczenie woli w imieniu innego podmiotu jest posłańcem - posłaniec, w przeciwieństwie do przedstawiciela, nie składa własnego oświadczenia woli; do przeniesienia oświadczenia woli nie jest potrzebne umocowanie (P. Sobolewski, komentarz do art. 85 kc w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. dr hab. Konrad Osajda, 2018 r., wyd. 20, Legalis).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na oddalenie.

Oceniając ustalony w toku postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (kopie dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w aktach sprawy), stan faktyczny, Izba stwierdziła, że żaden z zarzutów odwołania nie jest uzasadniony.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Odwołujący oparł większość argumentacji odwołania na mylnym przekonaniu, że wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu musi być równocześnie producentem oferowanych urządzeń, względnie korzystać z potencjału producenta jako podwykonawcy bądź podmiotu trzeciego. Izba stwierdziła, że nie ma żadnych podstaw, aby podzielić stanowisko Odwołującego. Zamawiający nie wprowadził postulowanego przez Odwołującego wymogu odnośnie producenta w treści SIWZ (abstrahując od wątpliwości, czy takie ograniczenie konkurencji byłoby dopuszczalne), brak też przepisów, które nakazywałyby akceptację poglądu Odwołującego. W konsekwencji, nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oferował produkty innego, niż wykonawca, producenta (wytwórcy). Odwołujący w odwołaniu wielokrotnie konstatuje, że Przystępujący nie ma prawa posługiwać się dokumentami, wystawionymi przez producenta czy jednostkę notyfikowaną, dla określonych produktów. Jednak prawidłowy jest pogląd przeciwny. Bezsporne jest, według Izby, że wskazane dokumenty, wynikające z przepisów prawa, są wystawione dla określonych produktów i są z nimi związane; sprzedawca czy dystrybutor nie tylko może, ale musi się nimi posługiwać.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DEZEGA, jako sprzecznej z art. 82 ust. 1 i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest bezzasadny. Zgodnie z art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wykonawca może złożyć jedną ofertę.

Izba stwierdziła, że Przystępujący złożył jedną ofertę; na ocenę powyższego w żadnej mierze nie może wpłynąć okoliczność, że w instrukcji obsługi przekazanej Zamawiającemu wzmiankowano o wersjach aparatów z dodatkowym wyposażeniem. W niniejszym postępowaniu Zamawiający oczekiwał aparatów bez dodatkowego wyposażenia i taką wersję obejmuje również instrukcja obsługi. W takiej sytuacji irrelevantne dla oceny oferty Przystępującego jest, że instrukcja obsługi obejmuje również, oprócz oferowanego asortymentu, aparaty z dodatkowym wyposażeniem. W ocenie składu orzekającego z żadnego postanowienia oferty Przystępującego nie wynika, że złożył on więcej, niż jedną ofertę, czy zaoferował ofertę wariantową.

Odwołujący podnosił ponadto, że oferta wykonawcy DEZEGA jest niezgodna z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zd. drugie, gdyż oferta została zmieniona w zakresie warunków gwarancji przewidzianych w SIWZ i oświadczeniu wykonawcy DEZEGA o spełnieniu wymogów Zamawiającego przewidzianych w SIWZ, czyli również w zakresie oczekiwanych przez zamawiającego warunków gwarancji aparatu ucieczkowego.

Analizując tak postawiony zarzut, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający oczekiwał, aby przedmiot zamówienia był objęty gwarancją jakości co najmniej: a) 10-letnią przy: użytkowaniu aparatu jedną zmianę na dobę oraz aparatów składowanych w stacjach ucieczkowego sprzętu ochrony układu oddechowego, b) 5-letnią przy użytkowaniu aparatu dwie zmiany na dobę, c) 3-letnią na pasy nośne (pkt 2.4 specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ).

Przystępujący oświadczył w formularzu ofertowym, że oferowany przedmiot zamówienia będzie objęty rękojmią i gwarancją w okresie przewidzianym w SIWZ.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, złożył m.in. instrukcję użytkowania aparatu ucieczkowego 1PVMKS. Zgodnie z instrukcją aparatu ucieczkowego, okres gwarancji dla aparatu wynosi 5 lat od daty wprowadzenia do ruchu w cyklu pracy wielozmianowym i 10 lat od daty wprowadzenia do ruchu w cyklu pracy jednozmianowym.

Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, czy oferowany aparat ucieczkowy posiada, wymagany przez SIWZ, termin gwarancji na pasy nośne. Przystępujący udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Odwołujący twierdził, że powyższa czynność Zamawiającego prowadzi do obejścia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Równocześnie Odwołujący twierdził, że nie można zastosować art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w okolicznościach niniejszej sprawy.

Z twierdzeniami Odwołującego nie można się zgodzić. Procedura oparta na art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest różna od opartej na art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – wezwanie do uzupełnienia dokumentów różni się od wezwania do wyjaśnień treści oferty. W ocenie Izby, wobec dostrzeżonej domniemanej niespójności w treści oferty (pomiędzy oświadczeniem Przystępującego w formularzu ofertowym, a informacją z instrukcji obsługi), Zamawiający miał prawo zastosować procedurę przewidzianą w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferowany przedmiot zamówienia objęty jest gwarancją zgodną z SIWZ (oświadczenie sprzedawcy). Załączona instrukcja obsługi wskazywała na okres gwarancyjny dla całego aparatu, bez wyróżnienia okresu gwarancyjnego dla pasów nośnych (oświadczenie producenta). W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podtrzymał swoje wcześniejsze oświadczenie, z formularza ofertowego, o udzieleniu gwarancji zgodnej z wymogami SIWZ na pasy nośne.

Izba w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze wyjaśniającej – w wezwaniu do wyjaśnień i odpowiedzi na to wezwanie – nie dostrzegła prowadzenia ustaleń, mających na celu negocjowanie treści oferty. Przystępujący podtrzymał wcześniejsze oświadczenie odnośnie gwarancji. Zamawiający nie wymagał dłuższego okresu gwarancji, termin gwarancji aparatu ucieczkowego nie był kryterium oceny ofert. W takich okolicznościach upewnienie się Zamawiającego co do udzielenia gwarancji w terminach zgodnych z wymogami SIWZ nie jest niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Zatem oferta Przystępującego nie jest sprzeczna z art. 87 ust. 1 zd. drugie Prawa zamówień publicznych.

Izba nie dopatrzyła się również nieprawidłowości w instrukcji obsługi aparatu treningowego, zgodnie z którą, w zależności od programu szkolenia, aparat treningowy może być używany z kasetą symulacyjną albo z kasetą regeneracyjną (strona 4 instrukcji). Opisano w instrukcji procedurę szkolenia i sposób korzystania z aparatów treningowych z różnymi rodzajami kaset. Kasetą symulacyjną służy do wielokrotnych ćwiczeń procedury zakładania aparatu, a regeneracyjną – do ćwiczenia posługiwania się nim. Kasetą stanowi wyposażenie aparatu treningowego (jego część) i nie ma podstaw do jakichkolwiek wątpliwości, że Przystępujący nie dostarczy kasety wraz z aparatem treningowym (który byłby wówczas niezdatny do celu, któremu ma służyć). W ocenie składu orzekającego

dostosowanie aparatu treningowego do programu szkoleniowego nie może być ocenione jako równoznaczne z zaoferowaniem oferty wariantowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DEZEGA, sprzecznej ze SIWZ wraz z załącznikami.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba kolejno odniosła się do podstaw faktycznych, podnoszonych w odwołaniu, a mających zdaniem Odwołującego uzasadniać odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. I tak:

Odwołujący twierdził, że przedłożone przez wykonawcę DEZEGA oświadczenia i dokumenty wykazują niezgodność oferty z SIWZ w pkt 2.1.1 i 2.1.6 SIWZ gdyż: pozostają w sprzeczności z „§ 9 ust. 1, 4, 6, 10 Rozporządzenia i Dyrektywy z dnia 21 grudnia 1989 r. 89/868/EWG -pkt.1.4 Zał.nr II w zw.pkt.3 z zał. III” - jak wynika z treści i rysunków Instrukcji używany oferowany aparat nie jest oznaczony nazwą producenta, a jakkolwiek znak użyty w Instrukcji na jej stronach tytułowych nie mieści się w sferze uprawnień wykonawcy DEZEGA, a zatem wyrób nie został oznaczony w sposób pozwalający na jego identyfikowalność - jak zastrzeżono w pkt. 13 Świadectwie badania typu WE nr EPT 0477.PPE 16/2413 przedstawionym Zamawiającemu przez wykonawcę DEZEGA”.

Zarzut jest bezzasadny. Oznakowanie wyrobu Zamawiający będzie mógł sprawdzić dopiero na etapie realizacji umowy, ponieważ nie żądał w tym postępowaniu próbek oferowanych aparatów. Zgodność oznaczeń ze swoimi wymogami i odpowiednimi przepisami prawa Zamawiający będzie mógł ustalić po dostawie aparatów.

Zgodnie z SIWZ, Zamawiający żądał przedłożenia instrukcji „stosowania przedmiotu zamówienia wraz z opisem technicznym świadczącej, że oferowany wyrób spełnia wymagania techniczno-użytkowe określone w niniejszej Specyfikacji technicznej”. Zasadniczo jedynie w odniesieniu do tak opisanego wymogu Izba mogła oceniać zgodność przedłożonej przez Przystępującego instrukcji z postanowieniami SIWZ. Zamawiający żądał instrukcji na potwierdzenie, że oferowany aparat spełnia wymagania SIWZ. Izba nie stwierdziła niezgodności instrukcji z przywołanymi przez Odwołującego – o ile dało się je zidentyfikować - przepisami Rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej z dnia 21 grudnia 2005 r. (Dz.U. Nr 259, poz. 2173): instrukcja zawiera nazwę i adres producenta (str. 22 instrukcji – § 9 ust. 2 pkt.1 Rozporządzenia), datę ważności lub okres trwałości środków ochrony indywidualnej lub ich określonych części składowych oraz oznakowanie aparatów (str. 22 instrukcji – § 9 ust. 2 pkt

4 Rozporządzenia), wskazanie jednostki notyfikowanej (str. 3 instrukcji – § 9 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia). Instrukcja opisuje również „sposób przechowywania, używania, czyszczenia, konserwacji, obsługi i dezynfekcji środków ochrony indywidualnej” (zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia) – strona 18 instrukcji (nie są konieczne żadne techniki serwisowania itd.).

Na marginesie należy zauważyć, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej, które powinny być ze sobą skorelowane – Odwołujący nie dość, że przywoływał nieistniejące jednostki redakcyjne Rozporządzenia, to jako uzasadnienie zarzutu podawał oznakowanie produktu (wyrobu końcowego), który na tym etapie nie był jeszcze przedmiotem oceny.

Odwołujący ponadto twierdził, że przedłożone przez wykonawcę DEZEGA oświadczenia i dokumenty wykazują niezgodność oferty z SIWZ w pkt.3.1 zał. nr 1 do SIWZ, >>gdyż wykonawca DEZEGA, który nie został wymieniony w Certyfikacie badania wzorca WE, nie przedstawił Certyfikatu Wzorca WE dla siebie wystawionego jako producenta albo uprawnionego przedstawiciela, ani też nie przedstawił innych dowodów, pozwalających na identyfikację jego związku z oferowanym przedmiotem, w tym też aktualnego (corocznie wystawianego) Świadectwa jakości WE dla konkretnego wyrobu czy konkretnego zakładu takiego producenta, a zwłaszcza takiego Świadectwa WE dla wykonawcę DEZEGA - jako producenta, który dla wykazania zgodności z zasadniczymi wymaganiami określonymi Rozporządzeniem winien - obligatoryjnie - poddać badaniu swój wyrób, w trybie procedur określonych §40 lub §41 Rozporządzenia i przedstawić go, zwłaszcza, że nawet w przedłożonym do sprawy Świadectwie Badania typu WE nr EPT 0477.PPE 16/2413 zastrzeżono (pkt.14), iż *„aby w pełni spełnić wymagania dyrektywy i zgodnie z prawem umieścić znak CE producent musi również ocenić wyrób końcowy lub produkcję, zgodnie z jedną z dwóch procedur wymienionych w dyrektywie i ostatecznie sporządzić deklarację zgodności WE dla każdego wyrobu”* a w pkt. 16 Certyfikatu zastrzeżono, że *„oświadczenie nie zastępuje w żaden sposób deklaracji zgodności WE, ani nie zwalnia producenta z innych wynikających z prawa obowiązków odnośnie do odpowiedzialności za wyrób*. Natomiast §35 Rozporządzenia wyraźnie wskazuje, że *„dokumentacja powinna zawierać informację o działaniach podjętych przez producenta w celu zapewnienia zgodności środka ochrony indywidualnej z zasadniczymi wymaganiami określonymi w rozporządzeniu”*, oraz że powinna zawierać *„opis stosowanych przez producenta urządzeń kontrolno-pomiarowych, przeznaczonych do kontroli zgodności produkcji środków ochrony indywidualnej z normami zharmonizowanymi lub innymi wymaganiami technicznymi oraz do utrzymania odpowiedniego poziomu jakości produkcji tych środków”*<<.

Tak sformułowany zarzut jest nieuzasadniony.

Przystępujący, wezwany w trybie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do przedstawienia dokumentów, na potwierdzenie, że oferowane wyroby spełniają wymagania SIWZ, miał przedstawić „Certyfikat badania typu WE wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzający zgodność oferowanych aparatów ucieczkowych z wymaganiami Dyrektywy 89/686/EWG w sprawie zbliżenia Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia ochrony indywidualnej oraz normą PN – EN 13794 lub równoważną (dotyczy pozycji 1 pakietu).” (Zgodnie z pkt. 3.1 załącznika nr 1 do SIWZ). Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił „Świadectwo badania typu WE”, wydane przez jednostkę notyfikującą Eurofins. Izba nie dostrzega żadnych powodów, aby jednostka notyfikująca, wystawiająca certyfikat, miała wymieniać w certyfikacie wykonawcę, oferującego wyrób w danym postępowaniu.

Zgodnie z art. 5 pkt. 9 ustawy o systemie oceny zgodności z dnia 30 sierpnia 2002 r. (tj. z dnia 9 czerwca 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 1226 z późn. zm.) certyfikat zgodności to dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami (ten dokument był żądany przez Zamawiającego w pkt 3.1. załącznika nr 1 do SIWZ i został przedłożony przez Przystępującego). Z kolei, zgodnie z art. 5 ust. 10 ustawy o systemie zgodności, deklaracja zgodności to oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami. Takiego dokumentu Zamawiający nie oczekiwał na etapie badania i oceny ofert – będzie składany wraz z dostawą określonego wyrobu.

Odwołujący twierdził, że przedłożone przez wykonawcę DEZEGA oświadczenia i dokumenty wykazują niezgodność oferty z SIWZ w pkt.3.2 zał.nr 1 do SIWZ, gdyż przedstawione Instrukcje używania odnoszą się do bliżej nie sprecyzowanego aparatu z gamy tych aparatów typu 1PVM KS (k.20 i 22) a więc nie pozwalają na identyfikację z przedmiotem zamówienia, a więc dowodzą wielości ofert i zróżnicowania właściwości oferowanych przedmiotów i ich pochodzenia, bez związku z wykonawcą DEZEGA z zakresu wymagań techniczno-użytkowych, określonych Rozporządzeniem i Dyrektywą, wyłączono sposób i dopuszczalną liczbę czyszczeń aparatów i środków, które mogą być w tym celu użyte (§9 ust. 2 pkt. 2 i §11 Rozporządzenia).

Zarzut jest nieuzasadniony.

Jak wynika z treści instrukcji przedłożonej przez Przystępującego, opisuje ona m.in. „sposób przechowywania, używania, czyszczenia, konserwacji, obsługi i dezynfekcji środków ochrony indywidualnej” (zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia) – na stronie 18

instrukcji (nie są konieczne żadne techniki serwisowania itd.). W ocenie składu orzekającego, okoliczność, że w instrukcji opisano również aparaty z dodatkowym wyposażeniem, które jako niewymagane przez Zamawiającego, nie były oferowane w niniejszym postępowaniu, jest bez znaczenia dla oceny zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Nie można zaakceptować wywodów Odwołującego, że wskazuje to na „wielość ofert”. Podanie typu aparatu jest wystarczające dla identyfikacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący twierdził, że przedłożone przez wykonawcę DEZEGA oświadczenia i dokumenty wykazują niezgodność oferty z SIWZ w pkt 2.4 zał. nr 1 do SIWZ - z zakresem gwarancji urządzeń i pasa nośnego, stanowiącego jego integralną część, przez deklarowanie odmiennych okresów gwarancji dla poszczególnych elementów pakietu zamówienia (aparat uciezkowy k. 22 Instrukcji i pisma z wyjaśnieniem wykonawcy z dnia 5.09.2018r) oraz krótszy okres gwarancji (aparat treningowy k. 15 Instrukcji), a te dla całego pakietu winny być takie same a także bez wyłączeń, takich jakie zastrzeżono w Instrukcji aparatu 1T2 stwierdzając, że „gwarancja nie obejmuje części zamiennych i złączy układu doprowadzenia powietrza, które utraciły szczelność z powodu uszkodzeń mechanicznych, powstałych w trakcie przeprowadzenia ćwiczeń lub wskutek nieprawidłowego umieszczenia układu doprowadzenia powietrza po pokrywę górną aparatu”.

Po pierwsze, z postanowień odnoszących się do wymaganych okresów gwarancji, przytoczonych wyżej w uzasadnieniu (zgodnie z pkt. 2.4 Specyfikacji technicznej), można wnosić, że wymóg trzyletniej gwarancji na pasy nośne Zamawiający ograniczył do aparatów uciezkowych. Po drugie, gdyby nawet producent wyłączył pasy nośne aparatów treningowych spod postanowień gwarancyjnych (co w ocenie Izby jednak nie wynika wprost z instrukcji obsługi), nic nie stoi na przeszkodzie, aby gwarancji udzielił sprzedawca. Zgodnie z art. 577 Kodeksu cywilnego, udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu. Gwarantem może być zarówno producent, jak i sprzedawca, a zobowiązanie wynikające z gwarancji ma charakter obiektywny - „Powszechnie przyjmuje się, że zobowiązanie (sprzedawcy, wytwórcy) wynikające z gwarancji, dotyczące zapewnienia istnienia określonych właściwości rzeczy sprzedanej, jest zobowiązaniem rodzącym odpowiedzialność za skutek (por. wyr. SA w Warszawie z 2.12.2010 r., VI ACa 356/10, DGP 2011, Nr 104, s. C7, który przyjął, że zobowiązanie gwaranta ma charakter obiektywny, rodzi odpowiedzialność za skutek, gdyż obowiązkiem gwaranta jest skuteczne naprawianie rzeczy.” (A. Brzozowski, komentarz do art. 577 kc, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018, Legalis). Odnośnie oświadczenia odnoszącego się do gwarancji, złożonego przez Przystępującego, Izba wypowiedziała się już

wyżej w uzasadnieniu.

Odwołujący twierdził ponadto, że przedłożone przez wykonawcę DEZEGA oświadczenia i dokumenty wykazują niezgodność oferty z SIWZ, przez brak ceny jednostkowej każdej pozycji, w każdym wariantcie przedstawionego aparatu, o typie określonym daną instrukcją.

Zarzut jest niezasadny – Przystępujący nie zaoferował wariantów aparatów uciezkowych ani treningowych, w konsekwencji brak było podstaw do oczekiwania, że osobno wyceni każdy z wariantów, których nie oferował.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DEZEGA, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez wprowadzenie Zamawiającego w błąd - w zakresie możliwości wykonawcy oznaczenia pochodzenia wyrobu i jego jakości.

Zgodnie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 9 lutego 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 419), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

Jeżeli złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to wówczas Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych odrzuca ofertę.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji w okolicznościach przywołanych przez Odwołującego.

Po pierwsze, Odwołujący wskazywał na przepisy dotyczące oznakowania wyrobu – Zamawiający na etapie oceny ofert nie oceniał próbek wyrobów. Dostarczenie aparatów odbędzie się w ramach przedmiotu zamówienia, po zawarciu przyszłej umowy. Wówczas dopiero Zamawiający będzie badał prawidłowość oznakowania produktów. Wyrób oferowany przez Przystępującego produkowany jest w dwóch zakładach produkcyjnych (co wynika zarówno z przedłożonego certyfikatu, jak i instrukcji obsługi) – w Turcji i na Ukrainie. Nie ma powodów, aby się spodziewać, że dostarczone w ramach realizacji umowy aparaty zostaną mylnie oznaczone co do ich pochodzenia. W instrukcji jedynie wyjaśnienia skrótów literowych na str. 22, w dziale „Oznakowanie” (opisującym, jak będzie oznaczony wyrób, którego dotyczy instrukcja) mogą budzić wątpliwość, bo oprócz liter T (Turcja) i U (Ukraina) wymieniono również R (Rosję) – a zgodnie z załączonym certyfikatem, w Rosji nie jest produkowany wyrób, objęty ofertą Przystępującego. Wcześniej w instrukcji, w tym samym dziale, wskazano na tylko dwa miejsca produkcji („Made in Turkey”, „Made in Ukraine”). Niespójność tego rodzaju Zamawiający może ewentualnie wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (tak sformułowanego zarzutu Odwołujący w odwołaniu nie postawił, w konsekwencji brak było podstawy do nakazania Zamawiającemu podjęcia w tym zakresie jakichkolwiek czynności).

Odwołujący podnosił, że do wskazywanych naruszeń doszło „przez - wymagane Rozporządzeniem, Dyrektywą i pkt. 5 zał. nr 1 do SIWZ - wystawienie Deklaracji Zgodności WE, oraz przez „oznaczenie znakiem” czy inne „użycie” znaku towarowego Uprawnionego do znaku „Dezega”, umieszczonego w na karcie 1 Instrukcji obsługi obu typów aparatów (ucieczkowego i treningowego), względnie używania znaku towarowego podmiotu, który poddał ten typ aparatu certyfikacji i został wymieniony na załączonym do sprawy Certyfikacie WE, albo co do możliwości posługiwania znakiem innego podmiotu uprawnionego do znaku towarowego Dezega, który został użyty w Instrukcji obsługi, ale nie jest podmiotem, na rzecz którego wyrób został poddany certyfikacji, i - posługiwania się dokumentami oznaczonych takim znakiem towarowym, a przez to, zatajenie ryzyka jakie wiąże się dla Zamawiającego z korzystaniem z tych wyrobów”.

Tak sformułowany zarzut jest bezpodstawny. Nie było sporne, że Przystępujący nie jest producentem oferowanych aparatów. Jak już wyżej w uzasadnieniu stwierdzono, nie ma podstaw, aby oczekiwać, że wykonawca (sprzedawca, dostawca) będzie równocześnie producentem oferowanych wyrobów. Oferowanie wyrobów innego producenta nie jest sprzeczne z oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia – producent nie jest, w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, ani podwykonawcą, ani podmiotem trzecim, z którego zasobów wykonawca korzysta.

Bez znaczenia dla oceny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych jest też posłużenie się na instrukcji obsługi aparatów znakiem „DEZEGA”.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....