

Sygn. akt: KIO 1953/18

WYROK
z dnia 15 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2018 r. przez wykonawcę **R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu**,

przy udziale wykonawcy **Fine Dine Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa termosów na napoje.*

W dniu 28 września 2018 r. wykonawca R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zaniechania wykluczenia wykonawcy Fine Dine Sp. z o.o. Sp.k. z postępowania i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zarzut nr 1

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Fine Dine z postępowania pomimo faktu, że przedłożone referencje, potwierdzające wykonanie dostawy produktów tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie (5.3.1 SIWZ) pochodzą od spółki powiązanej osobowo z ww. wykonawcą, co budzi poważne wątpliwości co do ich prawdziwości i rzetelności, a co Zamawiający winien był wyjaśnić. Powiązania osobowe wskazane powyżej mają miejsce poprzez osoby:

- J.A.K. wspólnika i prokurenta w Fine Dine Sp. z o.o., wspólnika (komandytariusza) w Fine Dine Sp. z o.o. Sp. k., wspólnika i prezes zarządu w GASTRO RENTAL Sp. z o.o., wspólnika (komandytariusza) w GASTRO RENTAL Sp. z o.o. Sp. k.,
- M.S.K., prezesa zarządu w Fine Dine Sp. z o.o., prokurenta w GASTRO RENTAL Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że powiązania osobowe pomiędzy wszystkimi czterema podmiotami są bardzo istotne, co usprawiedliwia tezę, że podmioty te rynkowo działają wspólnie, a tym samym podaje w wątpliwość prawdziwość przedstawionych referencji. Zdaniem Odwołującego, weryfikując treść referencji Zamawiający winien ustalić ww. powiązania osobowe i zweryfikować, czy przedstawione referencje dotyczą faktycznie dokonanych dostaw, czy nie wystawiono faktury, a w ślad za nią korekty. Zamawiający nie wykonał tego obowiązku. Powszechnie znanym jest proceder handlowania referencjami, jak i zakładania spółek (czy innych osób prawnych) celem fabrykowania przepływu towarów i usług służącego do wystawiania referencji – wobec czego na Zamawiającym spoczywa obowiązek dochowania szczególnej ostrożności w weryfikowaniu przedstawionych referencji.

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Fine Dine jako niezgodnej z treścią SIWZ, która to niezgodność polegała na tym, że w formularzu ofertowym nie został wskazany producent oferowanych produktów, pomimo wyraźnego żądania Zamawiającego (wynikającego z konstrukcji formularza ofertowego), aby producent został wskazany.

Odwołujący wskazał, że w ostatniej kolumnie tabeli formularza ofertowego Zamawiający zamieścił pole "nazwa producenta oraz typ lub model oferowanego wyrobu oraz jego nr katalogowy". Wobec tego wykonawca miał obowiązek wskazać co najmniej takie dane jak: nazwa producenta, typ lub model (jedno z dwojga bądź oba), nr katalogowy. Wykonawca Fine Dine producenta nie wskazał wcale (co potwierdza również dalszy tok postępowania, gdzie oferent ten wskazał, że faktycznym producentem jest chiński podmiot, ewentualnie za producenta należy uważać samego oferenta).

Odwołujący podniósł, że wskazanie producenta to nie wskazanie nazwy własnej produktu (czy nawet jego linii lub marki czy brandu), a wskazanie podmiotu, który faktycznie wytwarzał będzie dany produkt. Skoro Zamawiający żądał takiej informacji, to niewątpliwie jest ona mu potrzebna. Wykonawca Fine Dine złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Dodatkowo ten element oferty nie powinien podlegać uzupełnieniu, gdyż prowadziłoby to do modyfikacji treści oferty po upływie terminu do składania ofert.

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Fine Dine jako niezgodnej z treścią SIWZ, która to niezgodność polegała na niewypełnieniu części 2 sekcji „d” JEDZ (informacji o podwykonawcach), mimo że samodzielnie nie produkuje oferowanych wyrobów, natomiast Zamawiający nie zażądał uzupełnienia JEDZ, czym doprowadził do wyboru oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Już wobec treści pierwotnej karty katalogowej, JEDZ był wypełniony niepoprawnie i winien zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut nr 4

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty oferenta Fine Dine jako niezgodnej z treścią SIWZ, która to niezgodność polegała na złożeniu w formularzu ofertowym (pkt 8) oświadczenia, że wybór oferty ww. wykonawcy będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, co jest nieprawdą. Dostawa polietylenowych termosów do napojów oczywiście nie powoduje powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego, Fine Dine zaznaczył jednak rubrykę „będzie”. W aktualnym stanie sprawy jest wątpliwość, czy wybrana oferta

faktycznie jest najkorzystniejsza cenowo – skoro oferent deklaruje konieczność odprowadzenia dodatkowego podatku, to możliwe jest, że sumaryczna cena brutto będzie wyższa. Zamawiający nie wyjaśnił tej okoliczności, pozostawiając nieprawidłową ofertę w postępowaniu.

Zarzut nr 5

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Fine Dine jako niezgodnej z punktem 3.1.3.2. Zdaniem Odwołującego niezgodność polegała na tym, że przedstawione świadectwo jakości zdrowotnej nr B-BŻ-6071-0002/18/C wydane przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego – Państwowy Zakład Higieny, Zakład Bezpieczeństwa Żywności, nie zawiera wskazania producenta, a jedynie zapis "wyprodukowano dla Fine Dine Sp. z o.o. Sp. Komandytowa", tym samym nie dotyczy ono oferowanych produktów.

Zamawiający stawiając wymóg zawarty w punkcie 3.1.3.2 SIWZ wskazał, że aktualny atest zdrowotny ma potwierdzać jakość zdrowotną produktu. Wobec faktu, że atest ten nie zawiera nazwy producenta, której nie zawiera też formularz ofertowy, a która to pojawia się dopiero w wyjaśnieniu z 4 września 2018 r., gdzie przedłożone zostało oświadczenie chińskiego producenta - Guangzhou Jindide Plastic Products Co., Ltd, wskazać należy, że z atestu nie wynika, że Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego – Państwowy Zakład Higieny, Zakład Bezpieczeństwa Żywności badał zaoferowane produkty, na podstawie wyników badań kontaktowych na migrację pierwiastków chemicznych zawartych w składzie termosu do żywności w nim umieszczonej. W realiach niniejszej sprawy w ogóle nie wiadomo, kto wyprodukował produkty przedstawione do badań w PZH, jak również nie wiadomo, czy Zamawiającemu zaoferowano te same produkty co przebadane (wiadomo tylko tyle, że mają identyczne oznaczenie, co nie świadczy o tym, że zostały wyprodukowane przez ten sam podmiot, z zastosowaniem tej samej technologii i tych samych materiałów). Zdaniem Odwołującego możliwa jest również sytuacja, że z użyciem ww. atestu wprowadzane będą na rynek produkty wielu różnych producentów-opatrzone jedynie wspólną nazwą handlową i symbolem.

Zarzut nr 6

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Fine Dine jako niezgodnej z ustawą. Zdaniem Odwołującego niezgodność polegała na tym, że w formularzu ofertowym nie został wskazany producent oferowanych produktów, a po otwarciu ofert wykonawca dwukrotnie modyfikował swoje oświadczenia dotyczące

producenta, czym faktycznie dopuścił się zmiany oferty po upływie terminu do składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że formularz ofertowy zawierał wyraźny wymóg wskazania producenta oferowanych wyrobów. Fine Dine nie wskazał producenta w formularzu ofertowym. Następnie wykonawca (z uwagi na fakt, że jego oferta została oceniona najwyżej) przedłożył dokumenty wskazane w punkcie 3.1.3 SIWZ. Ocena tych dokumentów wskazała, że przedłożony katalog nie zawiera danych producenta, a wskazuje, że Fine Dine jest importerem – dystrybutorem. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia katalogu (w wezwaniu zauważono, że załączony atest nie zawiera wskazania producenta, Zamawiający nie wezwał jednak do uzupełnienia atestu). W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedłożył zmienioną kartę katalogową (w której figuruje już jako producent, a nie importer) oraz przedstawił obszerny wywód prawny dotyczący sposobu definiowania producenta. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający pismem z 31 sierpnia 2018 r. ponownie wezwał do złożenia dokumentów w tej samej sprawie, poprzez przedstawienie dokumentu wskazującego, że Fine Dine jest producentem oferowanych wyrobów. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedstawił oświadczenie chińskiego producenta wyrobów, z którego to oświadczenia ma wynikać, że producentem jest Fine Dine. Zamawiający zaakceptował taki stan rzeczy i wybrał przedmiotową ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że ustalenie, iż Fine Dine jest producentem oferowanych wyrobów nastąpiło dopiero po dniu 4 września 2018 r., mimo że Zamawiający żądał wskazania producenta już w formularzu ofertowym, tym samym doszło faktycznie do zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert. Ponadto ustalenie, że Fine Dine jest producentem oferowanych wyrobów nastąpiło w sytuacji, gdzie ujawniony i sprecyzowany został chiński producent tych wyrobów, tym samym doszło do sytuacji, że oferta nie odpowiada stanowi rzeczywistości.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców poprzez dwukrotnie wezwanie Fine Dine do przedłożenia dokumentów, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że na stronie internetowej wskazanego chińskiego producenta oferowanych produktów (Guangzhou Jindide Plastic Products Co., Ltd) nie można odnaleźć oferowanych przez wykonawcę Fine Dine produktów. Chiński producent wytwarza termosy, ale o innych pojemnościach, parametrach i wymiarach niż zaoferowane w niniejszym postępowaniu. Wydaje się to okoliczność istotna wymagająca wyjaśnienia.

Zarzut nr 7

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Fine Dine jako niezgodnej z ustawą, która to niezgodność polegała na tym, że oferent ten wskazał siebie jako producenta oferowanych produktów, podczas gdy nie jest ich producentem, a jedynie importerem – dystrybutorem. Zdaniem Odwołującego, zarówno wykonawca Fine Dine, jak i Zamawiający, błędnie zastosowali w niniejszej sprawie regulacje ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 2047 z późn. zm.). Przytoczona w art. 3 pkt 2 lit. b definicja przedsiębiorcy jest definicją wewnętrzną tego aktu prawnego na co wskazuje zwrot „Użyte w ustawie określenia oznaczają”, a nie ustawową definicją producenta stosowaną w całym porządku prawnym. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia producenta, nie odsyła też w tym zakresie do innych aktów prawnych, dlatego przy posługiwaniu się tym pojęciem na gruncie zamówień publicznych należy – zdaniem Odwołującego – posłużyć się słownikowym znaczeniem tego pojęcia. Słownik języka polskiego PWN definiuje producenta jako „ten, kto wytwarza jakiś towar”. Takie definiowanie producenta jest (jako jedyne) logicznie uzasadnione, pozwala bowiem odróżnić go od pośrednika czy podwykonawcy, dzięki czemu stosowanie instytucji prawa zamówień publicznych staje się łatwym i czytelnym. W realiach niniejszej sprawy Fine Dine oraz Zamawiający całkowicie błędnie przyjęli, że pośrednik jest producentem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia tej czynności przy jednoczesnym wykluczeniu wykonawcy Fine Dine Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania bądź przy odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Fine Dine Sp. z o.o. Sp. k.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia, jakoby odwołanie

nie spełniało wymogów formalnych przewidzianych w § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań i podlegało zwrotowi. Przystępujący stwierdził, że załączone do odwołań kserokopie dokumentów poświadczane za zgodność z oryginałem przez Odwołującego nie spełniają wymogów formalnych dokumentu, a w konsekwencji nie mogą stanowić dowodu na poparcie twierdzeń Odwołującego, gdyż zgodnie z art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodami są dokumenty, a nie ich kserokopie. Ze stanowiskiem Przystępującego nie sposób się zgodzić. Podniesiona przez niego okoliczność w żadnej mierze nie stanowi braku formalnego odwołania. Przywołany przez Przystępującego przepis § 4 ust. 1 pkt 8 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Okoliczności te zostały przez Odwołującego wskazane w treści odwołania, podobnie jak przywołane zostały tam dowody na poparcie jego twierdzeń, natomiast ich moc dowodowa podlega ocenie Izby w ramach merytorycznego rozpoznania sprawy. Forma załączonych do odwołania dokumentów mających stanowić dowody w sprawie w żaden sposób nie może być oceniana jako brak formalny odwołania. Niezależnie od powyższego zaznaczyć należy, że art. 190 ust. 3 ustawy Pzp określa otwarty katalog środków dowodowych, nie można zatem twierdzić, że na jego gruncie wyłączona jest możliwość przeprowadzenia dowodu z potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii dokumentu. Moc dowodowa takiej kopii podlega ocenie Izby.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Nr 1

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Przystępujący złożył wykaz dostaw, w których podał dwie dostawy zrealizowane na rzecz Gastro Rental Sp. z o.o. Sp.k. Do wykazu Przystępujący załączył dokument referencji, podpisany przez Prezesa Zarządu Komplementariusza Gastro Rental Sp. z o.o., zawierający oświadczenie o należyтым wykonaniu dostaw.

Istnienie wskazanych przez Odwołującego powiązań pomiędzy Przystępującym a spółką będącą wystawcą referencji było okolicznością bezsporną.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Odwołujący nie wykazał, aby zaistniały przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

Na wstępie stwierdzić należy, że Przystępujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu oświadczeniem zawartym w wykazie zrealizowanych dostaw oraz przedłożył dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. Odwołujący konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania oparł na tezie, że przedłożone referencje budzą poważne wątpliwości co do ich prawdziwości i rzetelności, co Zamawiający winien był wyjaśnić. Jednocześnie Przystępujący, na którym – stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kc – spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał ani że zrealizowane dostawy nie zostały wykonane, ani że zostały wykonane nienależycie. Jedynym dowodem przedstawionym przez Odwołującego były odpisy z KRS, wykazujące powiązania między Przystępującym a spółką, która wystawiła referencje, które to okoliczności nie były sporne. Wykluczenie Przystępującego z postępowania wymagałoby natomiast wykazania, że dostawy wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykonane lub że nie spełniają one wszystkich wymagań Zamawiającego. Odwołujący nie tylko nie przedstawił takich dowodów, ale nawet nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń. Podstawą wykluczenia wykonawcy nie mogą być natomiast określone domysły czy wątpliwości, na których oparte zostały zarzuty odwołania.

Trudno również uznać za zasadne twierdzenie Odwołującego o zaniechaniu wyjaśnienia przez Zamawiającego rzetelności złożonych przez Przystępującego dokumentów. W ocenie Izby fakt występowania powiązań kapitałowych i osobowych między Przystępującym i spółką wystawiającą referencje sam w sobie nie jest wystarczającą podstawą, aby zarzucić Zamawiającemu zaniechanie weryfikacji złożonych dokumentów. Nie jest bowiem niczym niezwykłym, że powiązane ze sobą spółki w praktyce rynkowej utrzymują między sobą relacje handlowe. Odwołujący nie wskazał na żadne inne okoliczności, które uzasadniałyby przeprowadzenie procedury wyjaśniającej. Hipotetycznie okolicznością taką mógłby być na przykład fakt, że spółka, która wystawiła referencje nie prowadzi działalności gospodarczej, z której zakresem kwestionowane dostawy mogłyby być w jakikolwiek sposób powiązane. Odwołujący nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia tego rodzaju okoliczności, a z niezakwestionowanego oświadczenia Przystępującego wynika okoliczność przeciwna.

Przyjmując stanowisko Odwołującego, należałoby dojść do wniosku, że generalną zasadą, niezależną od konkretnego stanu faktycznego, jest zakaz wykazywania się doświadczeniem nabytym w realizacji umów na rzecz spółek związanych kapitałowo z wykonawcą, lub spółek, w których organach działają te same osoby (lub co najmniej zakaz dowodzenia należytego wykonania umowy za pomocą referencji wystawionych przez taką

spółkę). W ocenie Izby takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę. Dopiero w sytuacji wykazania, że w konkretnym przypadku referencje nie mogą być uznane za dowodzące należytego wykonania umowy, istniałyby podstawy do stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu czy nawet że wprowadził zamawiającego w błąd. Do takiego wykazania w rozpoznawanej sprawie nie doszło.

Podsumowując, zarzuty odwołania w tym zakresie opierają się wyłącznie na wątpliwościach Odwołującego, który nie wywiązał się z ciężaru udowodnienia, że Przystępujący warunków udziału w postępowaniu nie spełnia, ani z ciężaru wykazania, że Zamawiający bezprawnie zaniechał weryfikacji przedłożonych dokumentów.

Zarzuty Nr 2, 3, 5, 6 i 7

Zarzuty są niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący w Formularzu ofertowym, w kolumnie „Nazwa producenta oraz typ lub model oferowanego wyrobu oraz jego nr katalogowy” wpisał następujące oznaczenia oferowanych termosów: Amerbox AMB-10LCD, Amerbox AMB-20LCD, Amerbox AMB-45LCD.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący złożył m.in. Świadectwo Jakości Zdrowotnej, dotyczące oferowanych termosów marki Amerbox, w którym w wierszu „Producent” podano: „Wyprodukowano dla Fine Dine Sp. z o.o. Sp. komandytowa”, a w wierszu: „Świadectwo wydano dla” wpisano: Fine Dine Sp. z o.o. Sp. komandytowa. Przystępujący złożył również karty katalogowe oferowanych termosów, w których został określony jako dystrybutor w Polsce.

Pismem z 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentu określonego w punkcie 6.5.1 SIWZ, tj. katalogu lub strony katalogowej w języku polskim potwierdzającej, że oferowane wyroby spełniają wszystkie wymagania wraz z kolorowymi zdjęciami oferowanych wzorów wyrobów. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że wykonawca złożył (na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) strony katalogowe, które nie zawierają danych producenta (nazwy, adresu). Jednocześnie w „Świadectwie Jakości Zdrowotnej” nie ma również takich danych, a w pozycji producent widnieje napis „wydrukowano dla FINE DINE Sp. z o.o. Sp.k.” Zamawiający zażądał uzupełnienia katalogu lub strony katalogowych z uwzględnieniem danych producenta oferowanego wyrobu.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący poinformował, że *zgodnie z treścią art. 3 pkt 2 lit b ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (tj. Dz.U.*

z 2016 r., poz. 2047 z późn. zm.) producentem oferowanych w ramach przetargu wyrobów jest Wykonawca, tj. spółka Fine Dine spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (...). Zgodnie bowiem z treścią art. 3 pkt 2 lit b ww. ustawy, za producenta uważa się przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela – importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym. W związku z faktem, że w stosunku do oferowanych w ramach przetargu wyrobów, ich wytwórcą jest podmiot, który nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Wykonawca, jako importer jest producentem oferowanych wyrobów w rozumieniu art. 3 pkt 2 lit b ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów. Ponadto Przystępujący wskazał, że jest producentem również na gruncie definicji zamieszczonej w art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, zgodnie z którym przez producenta należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. W odniesieniu do Świadectwa Jakości Zdrowotnej Przystępujący wyjaśnił, że słusznie został wskazany jako producent, a jednocześnie w dokumencie tym podano, że produkty w nim określone wyprodukowano dla niego. Taka treść jest zgodna z prawdą, ponieważ produkt wytworzyła firma chińska specjalnie dla wykonawcy i na gruncie ww. przepisów to on jest ich producentem. Świadectwo Jakości Zdrowotnej złożone w ramach procedury przetargowej jest zatem prawidłowe. Odwołujący załączył do wyjaśnień skorygowaną treść stron katalogowych, w których wskazano pełne oznaczenie producenta.

Pismem z 31 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do złożenia oświadczenia wytwórcy, że nie wyznaczył on swojego przedstawiciela w rozumieniu przywołanego wyżej przepisu ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktu albo że Przystępujący jest jego przedstawicielem na terenie Unii Europejskiej (państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu EFTA).

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedłożył oświadczenie spółki Guangzhou Jindide Plastic Products Co., Ltd., że jest ona jedynie wytwórcą oferowanych termosów, natomiast Fine Dine jest wyłącznym importerskim produktem tak w Polsce, jak i na świecie. Ww. spółka oświadczyła, że nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu i nie

wyzaczyła na tym obszarze swojego przedstawiciela w rozumieniu art. 3 pkt 2 lit b ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 1 – jest niezgodna z ustawą,
- pkt 2 – jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 84 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby działania Zamawiającego nie stanowiły naruszenia przytoczonych wyżej przepisów ustawy.

Ocena podniesionych przez Odwołującego zarzutów w pierwszej kolejności wymaga ustalenia, czy Przystępujący jest producentem oferowanych produktów. W ocenie Izby odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. Za rozstrzygającą w tym zakresie należy uznać definicję producenta zawartą w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 roku o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2016 r., poz. 2047 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem określenie producent oznacza:

- a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt,
- b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela – importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym,

- c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem;

Zgodnie natomiast z art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. z 2017 r. poz. 1398 z późn. zm.), przez producenta należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem.

Zaznaczyć należy również, że zgodnie z Załącznikiem I do Decyzji parlamentu Europejskiego i Rady Nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG (art. R1), „producent” to każda osoba fizyczna lub prawna, która wytwarza produkt lub która zleca zaprojektowanie lub wytworzenie produktu i oferuje ten produkt pod własną nazwą lub znakiem towarowym.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że Przystępujący jest producentem oferowanych produktów w rozumieniu przytoczonych wyżej przepisów unijnych oraz w rozumieniu art. 3 pkt 2 lit. b ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów, a także w rozumieniu art. 4 pkt 20 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku. Spełnianie przesłanek określonych w tym przepisie zostało potwierdzone złożonymi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniami, popartymi oświadczeniem spółki Guangzhou Jindide Plastic Products Co., Ltd., że jest ona jedynie wytwórcą oferowanych termosów oraz że nie prowadzi ona działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu i nie wyznaczyła na tym obszarze swojego przedstawiciela, natomiast Fine Dine jest wyłącznym importerem produktów tak w Polsce, jak i na świecie.

W ocenie Izby zarzuty odwołania wynikają z błędnego utożsamienia przez Odwołującego wytwórcy z producentem, co nie ma uzasadnienia na gruncie obowiązujących przepisów. Jednocześnie Odwołujący bezpodstawnie odrzuca definicje legalne pojęcia *producent*, powołując się na jego słownikowe znaczenie. W ocenie Izby jest to nieuzasadnione, skoro bowiem przepisy prawa definiują producenta, a system prawny stanowi określoną całość, to dla potrzeb oceny produktów oferowanych w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Pzp, w tym oceny pod kątem jakości i bezpieczeństwa, nie można abstrahować od definicji określonej w innym akcie prawnym.

Odnosząc się do zarzucanej wadliwości oferty z powodu niewskazania nazwy producenta w Formularzu ofertowym, podkreślić należy, że informacje o oferowanych

produktach wpisywane w tym Formularzu mają za zadanie zidentyfikowanie przedmiotu oferty, co jest konieczne z uwagi na zasadę niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert. Oznacza to, że informacje podane w ofercie muszą umożliwić Zamawiającemu jednoznaczne ustalenie, jaki produkt jest oferowany, tak aby po upływie terminu składania ofert niemożliwe było jakiegokolwiek manipulowanie przedmiotem oferty oraz aby Zamawiający mógł poddać ocenie skonkretyzowany w ofercie produkt. Oceniając znaczenie niewskazania przez Przystępującego nazwy producenta należy ustalić, czy brak tej nazwy powodował brak pewności co do tego, jakie konkretnie produkty są oferowane. W ocenie Izby produkty te zostały zidentyfikowane przez wskazanie marki handlowej Przystępującego i symbolu. Informacje te pozwalają ustalić przedmiot oferty, a Odwołujący – na którym spoczywał ciężar dowodu – nie wykazał, że jest inaczej, tj. że pod wskazaną w ofercie marką handlową i oznaczeniem funkcjonują na rynku również inne produkty. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu.

Zauważenia wymaga także, że Przystępujący przedłożył ważne Świadcstwo Jakości Zdrowotnej oferowanych wyrobów sporządzone przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego — Państwowy Zakład Higieny, Zakład Bezpieczeństwa Żywności. Z treści tego Świadcstwa wynika, że zostało ono wystawione dla Przystępującego i dotyczy termosów marki Amerbox. W związku z tym, że Przystępujący jest – na gruncie obowiązujących przepisów – producentem oferowanych termosów, których dotyczy Świadcstwo Jakości Zdrowotnej, dokument ten należy uznać za prawidłowy.

W związku z powyższym należy również stwierdzić, że oferta Przystępującego poprzez złożone wyjaśnienia i uzupełnione dokumenty nie uległa zmianie. Przystępujący zaoferował konkretne produkty i odpowiadając na wezwania Zamawiającego nie zmienił tej oferty, przeciwnie – konsekwentnie twierdził, że jest producentem termosów wskazanych w Formularzu ofertowym. Twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący dwukrotnie modyfikował swoje oświadczenia dotyczące producenta, nie polega na prawdzie. W treści oferty Przystępujący wskazał na towary produkowane pod jego marką handlową, a w wyniku pierwszego wezwania przedstawił karty katalogowe, które są dokumentami przedmiotowymi podlegającymi uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W kartach tych Fine Dine widnieje jako producent oferowanych termosów. Jednocześnie Przystępujący złożył oświadczenie, że jest producentem tych termosów. Następnie, w odpowiedzi na kolejne wezwanie, Przystępujący podtrzymał wcześniejsze oświadczenie w tym przedmiocie oraz przedstawił oświadczenie spółki Guangzhou Jindide Plastic Products Co., Ltd., potwierdzające, że jest ona jedynie wytwórcą oferowanych termosów.

Ponadto stwierdzić należy, że nie mają oparcia w stanie faktycznym twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący dwukrotnie był wzywany do uzupełnienia dokumentów

w tym samym zakresie. Z dokumentacji postępowania jasno wynika, że zakres obu wezwań był różny. W wezwaniu z 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający żądał uzupełnienia katalogu lub strony katalogowej, z kolei w wezwaniu z 31 sierpnia 2018 r. – oświadczenia wytwórcy, że nie wyznaczył on swojego przedstawiciela w rozumieniu przywołanego wyżej przepisu ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktu albo że Przystępujący jest jego przedstawicielem na terenie Unii Europejskiej (państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu EFTA). Twierdzenia Odwołującego są więc oczywiście bezzasadne.

Odnosząc się do zarzucanej wadliwości oferty Przystępującego polegającej na niewskazaniu w ofercie na zamiar korzystania z podwykonawcy, zarzut ten należy uznać za niezasadny już tylko z tego powodu, że jak wyżej wskazano, producentem oferowanych termosów jest Przystępujący. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że Odwołujący bezpodstawnie utożsamia producenta czy wytwórcę towarów, które mają być przedmiotem dostawy, z podwykonawcą. W świetle definicji umowy o podwykonawstwo zawartej w art. 2 pkt 9b stawy Pzp, przedmiotem podwykonawstwa są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia jest dostawa termosów, którą Przystępujący zamierza wykonać samodzielnie, a okoliczność, jaki podmiot wytwarza termosy będące przedmiotem zamówienia, jest z tego punktu widzenia obojętna. Zauważenia wymaga, że brak możliwości utożsamiania producenta/wytwórcy przedmiotu dostawy, jest jednolicie podkreślany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut nr 4

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr I do SIWZ Przystępujący w pkt. I wpisał „oferujemy realizację zamówienia za następującą cenę” i wypełnił wszystkie kolumny tabeli, która przedstawia sposób obliczenia ceny. W kolumnie „stawka VAT” Przystępujący wpisał 23 % i w kolumnie „wartość VAT” wyliczył kwotę tego podatku. Z kolei w pkt. 8 formularza ofertowego Przystępujący zaznaczył znakiem X wariant, że wybór oferty „będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (wskazać nazwę/rodzaj usługi, której świadczenie prowadzi do jego powstania, oraz wskazać jej wartość bez kwoty w formularzu ofertowym”.

Odwołujący zdaje się nie kwestionować faktu, że wybór oferty Przystępującego nie będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, a biorąc pod uwagę informacje na temat ceny oferty podane w punkcie I Formularza ofertowego, nie ma

wątpliwości, że uwzględnia ona podatek VAT. W związku z tym brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że nie wiadomo, jaka jest ostateczna cena oferty i czy nie powinna zostać dodatkowo powiększona o podatek VAT. Jednocześnie zauważyć należy, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oświadczenie wykonawcy w tym przedmiocie ma charakter informacyjny i może podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego w przypadku istnienia wątpliwości. W niniejszej sprawie, mimo sposobu wypełnienia rubryk w Formularzu ofertowym, takich wątpliwości nie było, nie wystąpiła więc konieczność wyjaśnienia tej kwestii. Tym bardziej nie sposób dopatrzeć się podstaw do uznania oferty Przystępującego za podlegającą odrzuceniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.). Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego z uwagi na niezłożenie do akt sprawy rachunku, co – zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia – jest warunkiem zasądzenia takich kosztów.

Przewodniczący: