

Sygn. akt: KIO 3062/21

WYROK

z dnia 10 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021r. przez odwołującego: MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Międzyborska 11b/lok. 68 04-041 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji (ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (ul. Rybnicka 42, 43-190 Mikołów) oraz M.F.A.

IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT.TIC. SAN.LTD.STI - Turcja (Elvanpazarcik Beldesi Hayat Mah. Baruthane Cad. No: 21/1 Merkez, 67100 Zonguldak), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Międzyborska 11b/lok. 68 04-041 Warszawa) i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji (ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój) kwotę 3.750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 150 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3062/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 18 października 2021r. przez odwołującego: MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego pn. „Dostawy do kopalń JSW S.A. środków ochrony dróg oddechowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”. Numer referencyjny 68/PW/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 173862-2021 z dnia 18.10.2021 r. Odwołujący podał, że zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczą:

- 1) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum MAS Sp. z o.o. (lider konsorcjum) M.F.A IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC. SAN,LTD.STI (członek konsorcjum) (zwanym dalej jako MAS));
- 2) nieprawidłowego badania i oceny ofert, które doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekracza w oferowanej przez MAS dostawie 50%,
- 3) zaniechane wezwania MAS do uzupełnienia prawidłowo podpisanego pełnomocnictwa od M.F.A. IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT, TIC. SAN.LTD,STI.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 393 ust. 2 pzp. w zw. z art. art. 60 ust. 2 952/2013 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny w zw. z art. 16 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowego badania i oceny ofert które doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekracza w oferowanej przez MAS dostawie 50%, choć w rzeczywistości towary oferowane przez MAS pochodzą z Turcji, a więc zarówno względem Odwołującego, jak i MAS, nie stosuje się preferencji unijnej z art. 393 ust 2 p.z.p.;

2) art. 58 ust. 2 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania MAS do uzupełnienia prawidłowo podpisanego pełnomocnictwa od M.F,A. GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC SAN.LTD.STI.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty MAS;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z

uwzględnieniem, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu państw wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza w oferowanej przez dostawie 50%;

3) nakazanie Zamawiającemu wezwania MAS do uzupełnienia prawidłowo podpisanego pełnomocnictwa od IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC. SAN.LTD STI

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą która zostanie złożona przez Odwołującego na rozprawie,

Odwołujący wniósł - na podstawie art. 534 ust. 1 - o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci certyfikatu „YERLI MALI BELGESI” wraz z jego tłumaczeniem przysięgłym z języka tureckiego dot. masek ochronnych dróg oddechowych, na fakt: (i) udziału produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UEJ nie przekracza w oferowanej przez MAS SP, z o.o. dostawie 50%.

Odwołujący wskazał, że „Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p: środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący został bezpodstawnie pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy MAS zostało wybrane jako wykonawca wszystkich 6 zadań. Tymczasem, w zakresie zadania 1 i 5 wybór MAS jako Wykonawcy uzasadniała najniższa zaoferowana cena. W zakresie zadań 2, 3, 4 i 6 MAS nie zaoferował najniższej ceny - najniższą cenę zaoferował Odwołujący, ale to MAS został wyłoniony jako Wykonawca w oparciu o normę określoną w art. 393 ust. 2 p.z.p. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu w zakresie zdań 2, 3, 4 i 6. Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), a zatem powinna być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Szkada, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności

Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie”.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności wskazał:

(...)

2. W ogłoszeniu o zamówieniu ani w SWZ Zamawiający nie przewidział możliwości odrzucenia oferty, w której udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50% - tj. na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

3. W ofercie Odwołującego jednoznacznie zostało wskazane, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE nie przekracza w oferowanej dostawie 50%.

4. W ofercie MAS oświadczone, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE przekracza w oferowanej dostawie 50%.

5. W udostępnionej Odwołującemu dokumentacji przetargowej obejmującej również złożone oferty znajduje się plik PDF nazwany „UMOWA KONSORCJUM MAS MFA - podpisana.pdf. Po zapoznaniu się z treścią tego dokumentu należy koniecznie zauważyć, że w pliku tym znajdują się wyłącznie podpisy elektroniczne: (i) K. K. (złożony zapewne przy okazji składania oferty) (ii) J. S. i M. J. osób wskazanych w komparycji umowy jako reprezentujących MAS Sp. z o.o. W przesłanym dokumencie obejmującym umowę konsorcjum brak jest jakiegokolwiek podpisu pochodzącego od osób reprezentujących M.F.A. - w szczególności wskazanych w komparycji umowy F. F. i M. U.. W tym świetle trudno uznać, że powołana wyżej umowa została w ogóle zawarta, a oferta w postępowaniu mogła pochodzić od konsorcjum. Z udostępnionej dokumentacji przetargowej nie wynika, aby istniał jakikolwiek inny dokument uzasadniający twierdzenie, że umowa konsorcjum została skutecznie zawarta. Załączone do oferty MAS upoważnienie od M.F.A. nie obejmuje złożenia oferty, składania i podpisywania dokumentów w imieniu podmiotu tureckiego.

6. Już zatem po złożeniu ofert przez Odwołującego i MAS doszło do deklarowanego rozróżnienia ich sytuacji prawnej i uprzywilejowania MAS względem Odwołującego w przypadku gdyby doszło do sytuacji, w której Zamawiający musiaby zostać zobligowany do zastosowania przepisu art. 393 ust. 2 p.z.p.

7. 07 czerwca 2021r. Komisja Przetargowa po dokonaniu analizy dokumentów złożonych wraz z ofertami dostrzegła opisane w pkt 4 uzasadnienia oświadczenie MAS oraz stwierdziła, że w dokumentacji technicznej załączonej wraz z ofertą wynika, że producentem jest turecka firma MF A. IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC.

8. Wobec wątpliwości Komisji Przetargowej, odnośnie do okoliczności czy oferowane przez MAS półmiski są poddane ostatniej istotnej ekonomicznie obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu w krajach objętych ww. preferencjami wspólnotowymi, czy w Turcji, która nie jest nimi objęta, Zamawiający w dniu 08 czerwca 2021 r. skierował do MAS, w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. odpowiednie zapytanie.

9. Mailem z dnia 11 czerwca 2021r. MAS przekazało odpowiedź na pismo powołane w pkt 8 uzasadnienia. Z pisma tego wynika, że przy realizacji zamówienia MAS będzie

wykorzystywać ponad 50% surowców „pochodzących z Państw Członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców/ (cyt. za pismem z MAS datowanym na dzień 10 czerwca 2021r.). Do pisma tego dołączono również „Oświadczenie Producenta”, Odwołujący w sposób jednoznaczny wskazuje, że przedłożone Oświadczenie nie może wywołać żadnych skutków, a w szczególności nie powinno skłonić Zamawiającego do przyjęcia, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE przekracza w oferowanej przez MAS dostawie 50% z następujących względów.

10. Po pierwsze, pod oświadczeniem tym został złożony podpis elektroniczny przez K. K.. Nie wiadomo przy tym jakie jest źródło umocowania Pani K. K. do składania jakichkolwiek oświadczeń w imieniu Producenta - tj. tureckiej spółki, W szczególności należy zauważyć, że dołączone do oferty pełnomocnictwo podpisane elektronicznie przez J. S. i M. J. dot. wyłącznie spółki MAS Sp. z o.o. W sposób wyraźny Oświadczenie z dnia 08 czerwca 2021 r. dołączone do pisma z 10 czerwca 2021 r. jest oznaczone jako oświadczenie producenta nie zaś MAS Sp. z o.o. lub Konsorcjum.

11. Po drugie, zgodnie z przepisami art. 95 - 109 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2020r. poz. 1 740, ze zm.; dalej jako „k.c.”) pełnomocnictwo uprawnia wyłącznie do dokonania w imieniu innej osoby czynności prawnej. Oświadczenia wiedzy nie mogą być składane przez pełnomocnika, albowiem pełnomocnictwo nie jest narzędziem do przekazania innej osobie uprawnienia do złożenia oświadczenia wiedzy. Oświadczenie z dnia 08 czerwca 2021 r. jest oświadczeniem wiedzy, a zatem nie mogło być ono złożone przez Panią K. K. w imieniu producenta,

12. W końcu należy zauważyć, że z formalnego punktu widzenia oświadczenie MAS złożone w ofercie, które wzbudziło wątpliwości komisji przetargowej zostało, rzekomo wyjaśnione innym oświadczeniem. Trudno uznać, aby wątpliwości w tym zakresie mogły być wyjaśniane za pomocą takiego samego narzędzia tj. oświadczenia pochodzącego od Wykonawcy.

13. Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego art. 24 Rozporządzenia Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r, ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Celny (Dz. Urz. UE L nr 302 z dnia 19.10. 1992, str. 1-50): Towar, w którego produkcję zaangażowany jest więcej niż jeden kraj, jest uznawany za pochodzący z kraju, w którym został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu. Aktualna podstawa prawna to art. 60 ust. 2 952/2013 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny - o identycznym brzmieniu, stąd przedstawiona niżej argumentacja ma w pełni zastosowanie.

14. Jak wskazują przedstawiciele doktryny: z treści omawianego przepisu wynika, że aby towar, w którego produkcję zaangażowany jest więcej niż jeden kraj, mógł zostać uznany za pochodzący z jednego z tych krajów, spełnione muszą być łącznie wszystkie wymienione w przepisie warunki, tj.:

- towar musi być przedmiotem istotnego przetworzenia lub obróbki,
 - przetworzenie lub obróbka mająca miejsce na terytorium danego kraju jest ostatnim etapem przed nadaniem towarowi cech dla niego charakterystycznych, przetworzenie lub obróbka towaru jest uzasadniona ekonomicznie,
 - w wyniku przetworzenia lub obróbki powstaje nowy produkt, lub też przetworzenie to lub obróbka stanowią ważny etap wytwarzania danego produktu, produkcja nowego produktu lub przetworzenie towaru musi odbywać się w przedsiębiorstwie przystosowanym do takiego rodzaju produkcji lub przetwórstwa, które pozwala na wytworzenie tego produktu lub towaru,

Nie ulega wątpliwości, że chodzi tu „o takie przetworzenie lub obróbkę, mające miejsce na terytorium danego kraju, które jest ostatnim etapem prowadzącym do nadania towarowi cech dla niego charakterystycznych w chwili określenia jego pochodzenia w rozumieniu przepisów celnych oraz, dodatkowo, spełnia definicję istotności” (Morawski Wojciech (red), Wspólnotowy Kodeks Celny. Komentarz, LEX 2007).

15. Ze stanowiska MAS wynika, że wyłącznie surowce (jak podaje MAS: „materiały składowe konstrukcyjne”) pochodzą z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE. Oświadczenie Wykonawcy MAS potwierdza zatem, że ostatnia istotna, ekonomicznie

uzasadniona obróbka lub przetworzenie, które spowodowało wytworzenie nowego produktu, o którym mowa w art. 24 Wspólnotowego Kodeksu Celnego. będzie miało miejsce w Turcji, tj. w kraju, który nie spełnia powyższych wymogów z art. 393 p.z.p.

Z punktu widzenia produkcji maseczek ochronnych kluczowe jest wytworzenie maseczki spełniającej parametry z materiałów. Nie ma znaczenia, że np. ponad 50% materiałów pochodzi z UE skoro zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, kraj pochodzenia to Turcja.

16. Zgodnie z regułą określoną w prawie w art. 6 k.c., ten kto twierdzi powinien swoje twierdzenie udowodnić, Tym samym to na MAS ciążył prawny obowiązek, który powinien zostać przez Zamawiającego wyegzekwowany, aby wykazać dla siebie skutek prawny polegający na uprzywilejowaniu w przypadku konieczności skorzystania z nomy art. 393 ust 2 p.z.p.

17. W dalszym przebiegu postępowania kwestia prawidłowości oświadczenia MAS opisanego w pkt 4 uzasadnienia nie była rozpatrywana przez Zamawiającego. Nie pochylił się również nad kwestią ważności umowy konsorcjum, co do której można czynić zastrzeżenia i wątpliwości opisane w pkt 5 uzasadnienia.

18. W dniu 8 października 2021r. Zamawiający na stronie internetowej opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. MAS zostało wybrane jako wykonawca wszystkich 6 zadań. W zakresie zadania 1 i 5 wybór MAS jako Wykonawcy uzasadniała najniższa zaoferowana cena. W zakresie zadań 2, 3, 4 i 6 MAS nie zaoferował najniższej

ceny - najniższą cenę zaoferował Odwołujący, ale to MAS został wyłoniony jako Wykonawca w oparciu o nomę określoną w art 393 ust. 2 p.z.p.

19. W przekonaniu wykonawcy Zamawiający nie był uprawniony do stosowania art. 393 ust. 2 p.z.p. w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem w świetle zgromadzonej w toku postępowania dokumentacji nie sposób dojść do przekonania, że oświadczenie MAS (opisane w pkt 4 uzasadnienia) jest prawdziwe, a zatem nie można różnicować sytuacji prawnej i MAS w perspektywie art. 393 ust. 2 P.z.p.

20. W przekonaniu Odwołującego to MAS powinno wykazać ponad uzasadnioną wątpliwość prawdziwość twierdzenia opisanego w pkt 4 uzasadnienia. Ciężar ten spoczywa na MAS zgodnie z aft. 6 k.c. MAS wywodzi ze swojego twierdzenia skutek prawny polegający na możliwości uprzywilejowanego traktowania w perspektywie art. 393 ust. 2 p.z.,p. W przekonaniu Odwołującego prawidłowa ocena złożonej przez MAS oferty nie może prowadzić do konstatacji, że MAS ciężar ten udźwignął. W szczególności pismo z dnia 10 czerwca 2021r. wraz z oświadczeniem z dnia 08 czerwca 2021r, nie może być traktowane jako wystarczające do przypisania MAS cechy opisanej w art. 393 ust. 2 polegającej na tym, że oferta ta „nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie (art. 393 - przyp. Odwołujący) ust. 1 pkt 4 (p.z.p. - przyp. Odwołujący). Odmienne zapatrywanie Zamawiającego na tę kwestię stanowi błąd w ocenie oferty MAS, który wywołał istotne negatywne dla Odwołującego skutki na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

21. Ścisłe udowodnienie przez Wykonawcę, że oferowane przez niego produkty w ramach dostaw mają preferencyjne pochodzenie jest szczególnie istotne w perspektywie sposobu sformułowania przepisów prawa koniecznych do prawidłowej interpretacji art. 393 ust. 2 p.z.p. Przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 85 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE - który wprost odwołuje się do art. 60 ust. 2 952/2013 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny.

22. Jak zauważy doktryna „ustawodawca unijny nie określa w jaki sposób zamawiający powinien ustalać procentowy udział produktów pochodzących z państw trzecich - sam zamawiający może ewentualnie zażądać w specyfikacji technicznej, by oferenci dołączyli dokumenty potwierdzające pochodzenie towarów" (A. Sołtyśńska H Talago-Sławoj, A. Sołtyśńska, Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. III, Warszawa 2016, art. 85). Innymi słowy, brak ścisłego wykazania przed Zamawiającym, że istotnie oferowane produkty ten warunek spełniają musi skutkować każdorazowo przyjęciem, że nie został on spełniony, albowiem odstępianie od ścisłej wykładni tego, co rozumie się przez ponad 50% udział produktów „unijnych" w ramach oferowanej dostawy, w prosty sposób prowadzi (i tak stało się w realiach niniejszej sprawy) do naruszenia zasady określonej w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. zgodnie z którą „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1)

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty".

23. MAS w istocie nie odpowiedział na pytanie Zamawiającego o pochodzenie produktów (maseczek ochronnych), a jedynie wypowiedział się co do pochodzenia surowców, co nie ma znaczenia w powyższym stanie faktycznym i prawnym.

24. Nie sposób twierdzić, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie doszło do naruszenia powyższej zasady przejrzystości prowadzenia postępowania i równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy zróżnicowanie sytuacji prawnej biorących udział w postępowaniu Wykonawców zostało oparte na mglistej podstawie faktycznej.

W końcu należy zwrócić uwagę, na dołączone do niniejszego odwołania dowody w postaci certyfikatu „YERLI MALI BELGESI” wraz z jego tłumaczeniem przysięgłym z języka tureckiego. Z treści tych dokumentów jednoznacznie wynika, że twierdzenie MAS opisane w pkt 4 uzasadnienia jest fałszywe. Niewątpliwie certyfikaty odnoszą się do członka konsorcjum, niewątpliwie certyfikaty oceniają produkt oferowany w ramach niniejszego zamówienia (maski typ FFP2). Certyfikat potwierdza, że oferowane produkty są pochodzenia tureckiego (sporządzony na podstawie tureckiego rozporządzenia o wyrobach miejscowych). Certyfikat wyraźnie wskazuje, że udział wkładu miejscowego wynosi 92,06%. Wskaźnik ten wyraźnie wskazuje, że MAS nie mógł być traktowany w sposób.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 8/11/21) wniósł o oddalenie odwołania. Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w uzasadnieniu oraz o oddalenie wniosku o przeprowadzenie załączonego do odwołania dowodu z certyfikatu YERLI MALI BELGESI z dnia 21.08.2021 r., jako niemającego żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Także o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania według przedstawionej na rozprawie faktury oraz rachunków. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności wskazał:

Odwołujący we wniosku z dnia 12.10.2021 r. zwrócił się o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności zwrócił się o „udostępnienie dokumentu lub sposobu ustalenia faktu, że w ramach oferty MAS Sp. z o.o. udział produktów pochodzących z państw członkowskich UE, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekracza 50%.” Dokumentacja objęta wspomnianym wnioskiem została odwołującemu udostępniona w korespondencji mailowej z dnia 12.10.2021 r. Między innymi zawierała ona wszystkie załączniki do protokołu, w tym ofertę przystępującego, w skład której wchodziła umowa konsorcjum, zawarta we wskazanym przez odwołującego pliku, zatytułowanym „UMOWA KONSORCJUM MAS MFA — podpisana.pdf”. Otwarcie przedmiotowego pliku zapisanego w formacie PDF pozwala ustalić osoby, które sygnowały dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym (zrzut z ekranu urządzenia cyfrowego po otwarciu pliku, zatytułowanego „UMOWA KONSORCJUM MAS MFA — podpisana.pdf” oraz wydruk weryfikacji ważności certyfikatów kwalifikowanych podpisów elektronicznych złożonych pod umową — w załączeniu). Wykorzystanie oprogramowania wskazanego w przepisach rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93WE oraz ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej umożliwiało stwierdzenie, że przedmiotowa umowa została podpisana kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez następujące osoby: F. F., M. U., J. S., M. J., K. K.. Pierwsze dwie osoby uprawnione są do występowania w imieniu spółki MFA. Zatem zarzut odwołującego, zgodnie z którym „trudno uznać, że powołana wyżej umowa została w ogóle zawarta, a oferta w postępowaniu mogła pochodzić od konsorcjum”, a tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 58 st. 2 pzp pozostaje chybionym z przyczyn nader oczywistych.

Odwołujący zarzucił ponadto, że zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia czy wyroby oferowane przez niego są poddane ostatniej istotnej ekonomicznie obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu na terytorium kraju korzystającego z tzw. preferencji wspólnotowych, a w odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący oświadczył jedynie, że „MAS będzie wykorzystywać ponad 50% surowców pochodzących z Państw Członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi

Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców". Stąd odwołujący przytoczył jedynie końcowy fragment oświadczeń, złożonych zarówno przez lidera, jak i członka przystępującego konsorcjum, pomijając zupełnie zasadniczą ich część, w której stwierdzone zostało, że „oferowane przez naszego Producenta MFA półmasksi są poddawane przetwarzaniu, które powoduje wytworzenie nowego produktu w krajach objętych tzw. preferencjami wspólnotowymi". A zatem odwołujący zupełnie przemilczał istotne stwierdzenie, w którym lider i członek przystępującego konsorcjum zgodnie i konsekwentnie wskazali, że przetworzenie, które powoduje wytworzenie nowego produktu następuje na terytorium kraju, do którego należy stosować preferencje przewidziane w przepisie art. 393 ust. 2 pzp. Kolejno odwołujący stwierdził, że pod wskazanym powyżej oświadczeniem został złożony podpis elektroniczny K. K.. W ocenie odwołującego „nie wiadomo przy tym jakie jest źródło umocowania Pani K. do składania jakichkolwiek oświadczeń w imieniu Producenta — tj. tureckiej spółki". A zatem odwołujący, podobnie jak w przypadku umowy konsorcjum, nie dokonał weryfikacji podpisów elektronicznych, które zostały złożone pod oświadczeniem producenta MFA, a które to podpisy złożyli: F. F., M. U., tj. osoby umocowane do występowania w imieniu wspomnianej spółki. Dokonanie powyższych czynności pozwoliłoby ustalić, że przedmiotowe oświadczenie w imieniu MFA sygnowane było przez wskazane powyżej osoby, umocowane do występowania w imieniu spółki MFA (wydruk weryfikacji ważności certyfikatów kwalifikowanych podpisów elektronicznych — w załączeniu). A zatem omawiany zarzut również nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jednocześnie odwołujący zarzucił, że „zgodnie z przepisami art. 95 — 109 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, ze zm.; dalej jako „k.c.") pełnomocnictwo uprawnia wyłącznie do dokonania w imieniu innej osoby czynności prawnej. Oświadczenie wiedzy nie mogą być składane przez pełnomocnika, albowiem pełnomocnictwo nie jest narzędziem do przekazania innej osobie uprawnienia do złożenia oświadczenia wiedzy. Oświadczenie z dnia 08 czerwca 2021 r. jest oświadczeniem wiedzy, a zatem nie mogło być ono złożone przez Panią K. K. w imieniu producenta". Odnosząc się do powyższego konieczne jest ustalenie, czy do oświadczeń wiedzy rzeczywiście nie stosuje się przepisów o pełnomocnictwie. Nie ulega wątpliwości, że przepisy art. 95 i nast. kc odnoszą się wprost do czynności prawnych. Samo jednak takie spostrzeżenie nie jest wystarczające do uznania, że omawianą instytucję stosuje się jedynie do czynności konwencjonalnych, które przyjmują postać czynności prawnych. W aktualnym stanie prawnym dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że w myśl art. 65 1 kc przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń. W literaturze nie występują jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, że wspomniana regulacja dotyczy zwłaszcza oświadczeń wiedzy. Tym bardziej, że doktryna jest zgodna, że oświadczenia wiedzy stanowią najistotniejszą praktycznie kategorię oświadczeń objętych komentowanym przepisem (tak: teza 1 komentarza do art. 65 1 KC, M. Safjan (w:)

K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. 1: Komentarz. Art. 1-449, Warszawa 2018). Powyższy wniosek potwierdza także uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks cywilny, ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2678, Sejm VII kadencji), tj. ustawy, która z dniem 08.09.2016 r. wprowadziła do polskiego porządku prawnego przepis art. 65 1 kc. Stwierdzono w nim wprost, że przepis ten wskazuje na dopuszczalność odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących oświadczeń woli do innych oświadczeń (zwłaszcza do oświadczeń wiedzy lub uczuć). Uwzględniając powyższe zapatrywanie, należy stwierdzić, że zarzut odwołującego, zgodnie z którym „oświadczenie z dnia 08 czerwca 2021 r. jest oświadczeniem wiedzy, a zatem nie mogło być ono złożone przez Panią K. K. w imieniu producenta" jest błędny. Uznanie, że przedmiotowe oświadczenie nie jest oświadczeniem woli, lecz oświadczeniem wiedzy nie może samo w sobie eliminować go z kręgu oświadczeń, które można złożyć przez pełnomocnika. Orzecznictwo Sądu Najwyższego umożliwiło stosowanie przepisów o oświadczeniach woli do innych oświadczeń, w tym zwłaszcza do oświadczeń wiedzy, jeszcze przed wejściem w życie przepisu art. 65 1 kc, co wyraźnie wskazane zostało w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17.11.2010 r. sygn. I CSK 75/10 oraz wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11.01.2006 r. sygn. II CSK 62/05. Z powyższych względów kwestionowanie przez odwołującego oświadczeń wiedzy, które w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu przystępującego konsorcjum i poszczególnych jej członków złożyła pełnomocnik K. K. pozostaje zupełnie nieuprawnionym.

Odwołujący zarzucił również, że „z formalnego punktu widzenia oświadczenie MAS zawarte w złożonej ofercie, które wzbudziło wątpliwości komisji przetargowej zostało, rzekomo wyjaśnione innym oświadczeniem. Trudno uznać, aby wątpliwości w tym zakresie mogły być wyjaśniane za pomocą takiego samego narzędzia — tj. oświadczenia pochodzącego od Wykonawcy". Odnosząc się do przytoczonej konstatacji odwołującego wypada zauważyć, że nie zawiera ona jakiegokolwiek argumentacji, potwierdzającej jej zasadność. W szczególności odwołujący nie wskazuje „narzędzi", wynikających z pzp, które umożliwiają zamawiającemu usunięcie wątpliwości co do pochodzenia produktów, stanowiących przedmiot dostawy. Stąd przytoczony zarzut, podobnie jak wszystkie poprzednie jest gołosłowny i jako taki nie może zostać uwzględniony. Odwołujący zauważył, że „zgodnie z regułą określoną w prawie w art. 6 k.c. ten kto twierdzi powinien swoje

twierdzenie udowodnić. Tym samym to na MAS ciążył obowiązek, który powinien zostać przez Zamawiającego wyegzekwowany, aby wykazać dla siebie skutek polegający na uprzywilejowaniu w przypadku konieczności skorzystania z normy art. 393 ust. 2 p.z.p.”

Odnosząc się do powyższego wypadu przytoczyć stanowisko doktryny, zgodnie z którym przepis art. 6 kc „ma niewątpliwie charakter procesowy, ponieważ postępowanie dowodowe, które jest częścią postępowania rozpoznawczego, powinno być w istocie szczegółowo uregulowane w prawie procesowym, czyli w kodeksie postępowania cywilnego, a nie w prawie materialnym, tj. w kodeksie cywilnym. W tym zakresie należy się zgodzić z P. S., że uregulowanie takie jest wadliwe. Nie jest to jednakże zjawisko rzadkie. Kodeks rodzinny i opiekuńczy zawiera także wiele przepisów, które mają charakter procesowy, a dotyczą np. przesłanek rozvodu czy orzeczeń w przedmiocie ustalenia macierzyństwa czy ojcostwa, legitymacji procesowej czynnej w tym zakresie, a jednak trudno byłoby regulować stosunki materialnoprawne bez tego rodzaju norm. Przepis art. 6 k.c. ma charakter szczególny i jest wyrazem zasady kontrydiktoryjności, zgodnie z którą materiał procesowy i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony postępowania. Zgodnie z art. 3 k.p.c., strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dokonywać czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody. Przepis ten nie tylko nakłada na podmioty dochodzące swych praw podmiotowych obowiązek przedstawiania dowodów na poparcie swych żądań, ale określa w zasadzie również rozkład ciężaru dowodu. Stanowi on jednakże tylko pewną regułę ogólną, która nie wyklucza sytuacji, w których ustawa inaczej ten ciężar dowodu rozkłada” (tak: teza 1 i 2 komentarza do art. 6 kc [w] Mariusz Fras (red.), Magdalena Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna). Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że przedmiotowa norma prawna znajduje zastosowanie wyłącznie do postępowania dowodowego, prowadzonego w sprawie cywilnej, która toczy się przed sądem powszechnym. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w żaden sposób nie można zakwalifikować do wskazanej powyżej kategorii spraw. Dlatego odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 pzp nie pozwala stwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepis art. 6 kc znajduje zastosowanie. Konsekwencją powyższego jest brak podstaw do uznania, że przystępujący naruszył przepis art. 6 kc, albowiem nie wykazał on pochodzenia oferowanych przez niego wyrobów, składając w tym zakresie jedynie stosowne oświadczenie. Ponadto odwołujący, zarzucając brak wykazania przez przystępującego pochodzenia oferowanego wyrobu wskazał, że zamawiający powinien był żądać w Specyfikacji technicznej dokumentów potwierdzających pochodzenie towarów, co uzasadnia przytoczony przez odwołującego pogląd doktryny. Jednakże odwołujący w żaden sposób nie wskazał dokumentów, w tym dokumentów urzędowych, które mogłyby potwierdzać, że oferowane przez poszczególnych wykonawców półmiski zostały poddane ostatniej istotnej ekonomicznie obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu na terytorium kraju korzystającego z tzw. preferencji wspólnotowych. Powyższe prowadzi do wniosku, że przedmiotowy zarzut odwołującego pozostaje chybionym z przyczyn nader oczywistych. Następnie należy podnieść, że przepisy ustawy nie definiują charakteru środka dowodowego, który miałby przedstawić wykonawca celem wykazania, że dostawa obejmuje produkty pochodzące w zakresie przekraczającym 50% z krajów korzystających z tzw. preferencji wspólnotowych. W ocenie zamawiającego powyższa informacja stanowi element treści oferty w znaczeniu ścisłym. Niniejszy wniosek potwierdza uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17.01.2012 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 2817/11, zgodnie z którym „oświadczenie o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wymagane przez Zamawiającego w ust. XX pkt 8 nie stanowi oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p.), gdyż nie odnosi się do żadnej z kategorii warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy p.z.p. ani braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy p.z.p. Nie stanowi także oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, gdyż do takich wymagań się nie odnosi. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nawet bardzo rozszerzająca interpretacja pojęcia oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego nie mogłaby doprowadzić do zakwalifikowania oświadczenia wymaganego w ust. XX pkt 8 SWZ do takiej kategorii (Powyższe oświadczenie nie może być uznane, jak chce tego Odwołujący, za posiadające walor wyłącznie informacyjny, stanowi ono element oferty wymagany jednoznacznie i jasnymi postanowieniami SIWZ, którego brak uniemożliwiłby Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej, gdyby w Postępowaniu miała miejsce sytuacja przewidziana w ust. XX pkt 7 SWZ. Zamawiający nie mógłby zatem dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób, który przewidział w SIWZ i który został zaakceptowany przez wykonawców (nie złożyli oni środków ochrony prawnej od powyższych postanowień SIWZ)”. Podobne zapatrywanie zostało przedstawione w wyroku Izby z dnia 12.10.2011 r. sygn. KIO 2051/11, zgodnie z którym „oświadczenie składane przez wykonawców o pochodzeniu towarów ujętych w ofercie, nie może zostać uznane za jeden z dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p.” A zatem, wbrew stanowisku odwołującego, brak było podstaw do wprowadzenia w treści swz wymogu

przedłożenia przez wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających pochodzenie oferowanych przez nich towarów. Albowiem nie sposób zaliczyć zarówno do podmiotowych, jak i przedmiotowych środków dowodowych. Nie bardzo wiadomo na jakiej podstawie odwołujący uznał, że zamawiający zobowiązany był wykazać, że oferowane przez przystępującego produkty spełniają warunek umożliwiający skorzystanie z tzw. preferencji wspólnotowych. Zwłaszcza, że żaden przepis pzp wspomnianego obowiązku na zamawiającego nie nakłada. Jednocześnie żaden przepis pzp nie umożliwia zamawiającemu żądanie od wykonawców złożenia omawianych dowodów. W związku z tym zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 16 ust. 1 pzp z uwagi na brak powyższego wymogu dowodowego pozostaje nieuzasadnionym z przyczyn nader oczywistych.

W odpowiedzi na wniosek z dnia 12.10.2021 r. o udostępnienie dokumentacji postępowania nr 86/PM/21 zamawiający przekazał odwołującemu między innymi ofertę przystępującego, obejmującą oświadczenie o pochodzeniu towarów, jak również notatkę z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 07.06.2021 r., podczas którego podjęła ona decyzję o wezwaniu przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 pzp do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie, wezwaniu zamawiającego z dnia 08.06.2021 r., jak i korespondencję mailową przystępującego z dnia 11.06.2021 r., w skład której wchodziły oświadczenia członków przystępującego konsorcjum wskazujące, że udział w dostawie produktów z krajów objętych tzw. preferencjami wspólnotowymi przekracza 50%. A zatem zamawiający zapewnił odwołującemu pełny dostęp do oświadczeń, które stanowiły podstawę do uznania, że wobec przystępującego spełnione zostały przesłanki z art. 393 ust. 2 pzp. Stąd zupełnie bezpodstawny jest zarzut odwołania, zgodnie z którym przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem przepisu art. 16 ust. 2 pzp. Następnie wypada zauważyć, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w treści Specyfikacji technicznej oraz Załącznika nr 1 do Specyfikacji technicznej w postępowaniu 86/PM/21 przedmiotem zamówienia są półmasksi przeciwpyłowe filtrujące FFP2 z zaworem wydechowym o konstrukcji czaszowej. Zgodnie z punktem 1.2. Załącznika nr 1 do Specyfikacji technicznej półmasksi będą służyły do ochrony przed szkodliwym działaniem pyłów występujących w powietrzu kopalnianym, w tym w szczególności przed pyłem dolomitowym i krzemionką. Ponadto zgodnie z pkt 1.8. Załącznika nr 1 do Specyfikacji technicznej półmasksi muszą spełniać wymogi normy PN-EN 149+A1 lub normy równoważnej. Przystępujący zaoferował w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dostawę półmasek filtrujących jednorazowych F-267V o klasie filtracji FFP2 NR D. W celu potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego przedłożył wraz z ofertą:

(1) Deklarację zgodności UE z dnia 23.04.2021 r., w której w punkcie 5 wyraźnie wskazano, że jej przedmiotem jest półmaska F-267V klasa filtracji FFP2 NR D oraz A-367V klasa filtracji FFP3 NR D; (2) Certyfikat badania typu UE nr CE688360 z terminem ważności do dnia 16.07.2023 r., który na stronie 4 jednoznacznie stwierdza, że jego przedmiotem jest maska F-series — czaszowa, stożkowa maska jednorazowego użytku z opcją zatkania, klasy: FFP2

NR D, model: F-267V (maska z zamontowanym zaworem wydechowym); (3) Dokument potwierdzający właściwości antyelektrostatyczne gotowego wyrobu oraz jego przydatność do stosowania w górnictwie, tj. Sprawozdanie z badań nr BR-1/127/20196 z dnia 25.06.2019 r., których przedmiotem było badanie i ocena właściwości elektrostatycznych według normy PN-EN 8007936:2016-07 w odniesieniu do półmasek filtrujących serii F-267 z typoszeregu F-267V z zamontowanym zaworem wydechowym; (4) Instrukcję użytkowania półmasksi filtrującej typu — F-267V FFP2 NR D.

Ponadto zgodnie z pkt 9.2.4 wskazanej w Specyfikacji technicznej normy PN-EN 149+A1, oznaczenie półmasksi filtrującej musi zawierać symbol właściwej klasy (FFP1, FFP2, FFP3) oraz litery „NR” — jeżeli półmaska jest jednorazowego użytku, bądź literę „R” jeżeli jest wielokrotnego użytku. Jednocześnie w przypadku półmasek chroniących przed cząstkami, potwierdzony pozytywnym wynikiem badania zatykania pyłem dolomitowym oznaczenie powinno zawierać literę „D”, co wynika z pkt. 9.2.5 ww. normy. Zatem półmasksi oferowane w ramach postępowania 86/PM/21 muszą być oznakowane w następujący sposób: FFP2 NR D. Spełnienie wymogu w zakresie przedstawionego powyżej znakowania w odniesieniu do produktu oferowanego przez przystępującego potwierdza treść wskazanych powyżej dokumentów. Wskazują one także, że przedmiotem oferty przystępującego jest dostawa półmasek oznaczonych symbolem: FFP2 NR D.

Załączony do odwołania certyfikat YERLI MALI BELGESI z dnia 21.08.2021 r. dotyczy półmasek ochronnych z zaworem i bez zaworu klasy FFPIJ FFP2, FFP3, „NR”, „R” według normy PN-EN 149:2001+A1 2009. Przedmiotowy certyfikatem nie został wydany dla półmasek znakowanych dodatkowo literą „D”, której użycie oznacza ochronę przed szkodliwym działaniem pyłów i umożliwia jej zastosowanie w podziemnych zakładach górniczych. Zatem przedmiotowy certyfikat nie dotyczy półmasek będących przedmiotem oferty przystępującego, znakowanych zgodnie z przedmiotową normą symbolem: FFP2 NR D. Następnie należy zwrócić uwagę, że certyfikat YERLI MALI BELGESI z dnia 21.08.2021 r.

został wydany dla wyrobów, które wytwarzane są przez spółkę MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL ANONIM SIRKETI, oznaczoną numerem ewidencyjnym: 062013057560001. Natomiast ofertę w niniejszym postępowaniu w ramach przystępującego konsorcjum złożyła spółka: MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALATIC.SAN.LTD.STI., oznaczona numerem ewidencyjnym: 0609040448500011. A zatem należy stwierdzić, że przedstawiony przez odwołującego certyfikat nie odnosi się do wyrobów oferowanych przez przystępujące konsorcjum, a ponadto odnosi się do produktu, który nie jest wytwarzany przez któregokolwiek z członków wspomnianego konsorcjum. Stąd nie może on potwierdzać zasadności zarzutów odwołania, co przesądza o konieczności wniosku o oddalenie przedmiotowego dowodu, jako niemającego żadnego związku z przedmiotem niniejszego postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz M.F.A. IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT.TIC.

SAN.LTD.STI - Turcja wnosząc - jak Zamawiający - o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 8 listopada br w szczególności wskazał: (...)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 58 ust.2 Pzp podał, że Umowa konsorcjum jest podpisana elektronicznie przez wszystkie strony tejże umowy zgodnie z zasadami reprezentacji, co potwierdza dołączony do oferty dokument elektroniczny, zweryfikowany przy pomocy odpowiednich narzędzi przez Zamawiającego. Ze strony MAS sp. z o.o. umowę w dniu 22 kwietnia 2021 r. podpisem elektronicznym kwalifikowanym podpisali: M. J. oraz J. S. — prokurenci uprawnieni do reprezentacji łącznej, a ze strony M.F.A IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT.TIC. SAN.LTD.STI umowę w dniu 20 kwietnia 2021 roku także podpisem elektronicznym kwalifikowanym podpisali: F. F. oraz M. U. — uprawnieni do reprezentacji tejże spółki. Dowód: 1. wydruk zrzutu ekranu dokumentu elektronicznego Umowy konsorcjum. Umowa konsorcjum zawiera stosowne upoważnienie Lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum oraz jego uczestników wobec Zamawiającego we wszystkich sprawach podejmowanych w związku z realizacją celu, dla którego zostało zawarte, w tym do podjęcia wszelkich działań w imieniu konsorcjum zmierzających do podpisania umowy z Zamawiającym w ramach postępowania (§ 2 ust. 2 i 3 oraz § 3 ust. 3 umowy konsorcjum). Dodatkowo wskazał należy, iż zgodnie z postanowieniami umowy konsorcjum to do obowiązków Lidera konsorcjum należało zarówno podpisanie i złożenie oferty, jak również składanie wszelkich oświadczeń woli i wiedzy w związku z uczestnictwem w przetargu (§ 4 ust. 1 umowy konsorcjum). Umowa konsorcjum została zatem zawarta w sposób prawidłowy i skuteczny, a działania Lidera konsorcjum podejmowane zarówno w imieniu konsorcjum, jak i jego uczestnika znajdują swoje umocowanie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 393 ust. 2 Pzp w zw. z art. 60 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego kodeks celny w zw. z art. 16 Pzp wskazał, że w formularzu ofertowym oświadczył, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw wobec, których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE przekracza 50% w oferowanej dostawie. W związku z wezwaniem przez Zamawiającego na podstawie 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień, Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia załączając do nich oświadczenie producenta M.F.A. IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC. SAN.LTD.STI. z dnia 8 czerwca 2021 roku, które wbrew twierdzeniom Odwołującego zostało podpisane podpisem elektronicznym kwalifikowanym przez producenta. Tym samym Przystępujący spełnił żądanie Zamawiającego we wskazanym przez niego zakresie. Dowód: 2. wydruk zrzutu ekranu dokumentu elektronicznego oświadczenia producenta.

Przedmiotowe oświadczenie producenta zostało zatem złożone w sposób prawidłowy i skuteczny, a jego prawdziwość nie została przez Odwołującego skutecznie zakwestionowana. Przedstawiony bowiem przez Odwołującego w odwołaniu dowód z dokumentu w postaci certyfikatu „YERLI MALI BELGESI” wraz z jego tłumaczeniem przysięgłym z języka tureckiego, nie odnosi się do produktów oferowanych przez Przystępującego — producenta M.F.A. IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC. SAN.LTD.STI., albowiem producentem wskazanym w treści dokumentu jest MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL ANONIM SIRKETI. Producent ten to odrębny podmiot gospodarczy, który nie jest ani uczestnikiem konsorcjum ani producentem półmasek oferowanych przez konsorcjum w postępowaniu. Tym samym nie można uznać przedstawionego dokumentu za dowód w postępowaniu, potwierdzający twierdzenia Odwołującego. Nie sposób uznać, iż przywołanymi twierdzeniami i dowodami Odwołujący podważył prawdziwość oświadczeń

Przystępującego oraz producenta. Dowód: 3. dokument z rejestru potwierdzający dane podmiotu, który wystawił certyfikat z dnia 21 sierpnia 2021 roku - MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL ANTONIM SIRKETI.

Z ostrożności odnosząc się do zarzutu, iż Przystępujący nie spełnia preferencyjnych warunków, wskazał, że sam fakt, że producent ma siedzibę w Turcji czy że ostatnia część produkcji odbywa się w Turcji nie przesądza o tym, że finalny produkt nabył pochodzenie tureckie. Do ustalenia kraju pochodzenia towaru nie wystarczy, aby ostatni etap wytwarzania miał miejsce w danym kraju, ale konieczna jest również ocena w kontekście kryteriów: taryfy celnej, ekonomicznych oraz technicznych (por. C. Sowiński [w:] Wspólnotowy Kodeks Celny. Komentarz, red. W. Morawski, Kraków-Warszawa 2007, art. 24.). Analizując poszczególne kryteria wskazać należy, iż: 1. Ocena w kontekście taryfy celnej sprowadza się do ustalenia czy na skutek przetworzenia lub obróbki towaru nastąpiło zakwalifikowanie końcowego produktu do innej taryfy celnej niż poszczególne surowce wchodzące w jego skład. 2. Kryterium ekonomiczne odnosi się natomiast do maksymalnego udziałów materiałów przywiezionych, którego przekroczenie spowoduje, że wytworzone towary nie nabiorą pochodzenia kraju produkcji; albo brany jest pod uwagę maksymalny wzrost wartości, jaki musi zostać uzyskany, aby nabyły one pochodzenie kraju wytworzenia. 3. Kryterium techniczne wyznacza istotność procesów obróbki i przetwarzania w kontekście ustalenia kraju pochodzenia towaru — Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 13.12.1989 r. (C-26/88, BROTHER INTERNATIONAL GMBH v. HAUPTZOLLAMT GIEBEN, ECR 1989, nr 11, poz. 4253.) uznał proste operacje montażu polegające na rozpakowaniu części składowych, ich złożeniu i skręceniu gotowego wyrobu za niewystarczające do spełnienia warunku istotności. Reasumując stwierdził, że producent w oparciu o wskazane powyżej kryteria jednoznacznie oświadczył, iż oferowane półmiski po pierwsze nie spełniły przesłanek do nabycia pochodzenia tureckiego, po drugie zaś że pochodzą z państw członkowskich Unii Europejskiej. Prawidłowość oraz prawdziwość tego oświadczenia nie została podważona, tym samym działania Zamawiającego podjęte w ramach badania i oceny ofert były prawidłowe, a odwołanie jest bezzasadne. Przepisy PZP nie przewidują żadnego katalogu dokumentów czy procedury, które pozwoliłyby Zamawiającemu na żądanie od konsorcjum jakichkolwiek dodatkowych dokumentów czy wyjaśnień. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie pozbawiane są zatem podstaw prawnych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że wybór oferty Konsorcjum MAS jako oferty najkorzystniejszej w częściach 1-6 dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a mianowicie: art. 58 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 393 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 60 ust. 2 952/2013 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Izba odnośnie zarzutu naruszenia art. 58 ust.2 ustawy Pzp stwierdziła, że Umowa konsorcjum - wbrew twierdzeniom Odwołującego - jest dokumentem podpisanym elektronicznie przez strony tej umowy zgodnie z zasadami reprezentacji. Powyższe potwierdza dołączony do oferty dokument elektroniczny, zweryfikowany przy pomocy odpowiednich narzędzi elektronicznych przez Zamawiającego. Według załączonych przez Zamawiającego raportów - okoliczność nie podważana na rozprawie przez Odwołującego - ze strony MAS sp. z o.o. (Lidera Konsorcjum) umowę w dniu 22 kwietnia 2021r. podpisem

elektronicznym kwalifikowanym podpisali: M. J. oraz J. S. — prokurenci uprawnieni do reprezentacji łącznej, a ze strony M.F.A IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT.TIC. SAN.LTD.STI umowę w dniu 20 kwietnia 2021r. także podpisem elektronicznym kwalifikowanym podpisali: F. F. oraz M. U. — uprawnieni do reprezentacji tej spółki. Na potwierdzenie tej okoliczności Zamawiający przedstawił wraz z odpowiedzią na odwołanie również wydruk zrzutu ekranu dokumentu elektronicznego Umowy konsorcjum. Umowa konsorcjum - w jej § 2 ust. 2 i 3 oraz § 3 ust. 3 - zawiera stosowne upoważnienie dla Lidera konsorcjum do reprezentowania Konsorcjum oraz jego uczestników wobec Zamawiającego we wszystkich sprawach podejmowanych w związku z realizacją celu, dla którego zostało zawarte, w tym do podjęcia wszelkich działań w imieniu Konsorcjum zmierzających do podpisania umowy z Zamawiającym. Zgodnie z postanowieniami Umowy konsorcjum (§ 4 ust. 1 Umowy) do obowiązków Lidera konsorcjum należało zarówno podpisanie i złożenie oferty, jak również składanie wszelkich oświadczeń woli i wiedzy w związku z uczestnictwem w przetargu. Umowa konsorcjum została zatem zawarta w sposób prawidłowy i skuteczny, a działania Lidera konsorcjum podejmowane zarówno w imieniu Konsorcjum, jak i jego

uczestnika znajdują umocowanie w dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego, co nie zostało podważone w toku rozprawy. Izba także dodatkowo zauważa, że Raporty z weryfikacji podpisów dotyczą także pełnomocnika p. K. K." wymienianej w zakresie drugiego z zarzutów. W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 58 ust.2 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Izba, także nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. art. 393 ust. 2 pzp. w zw. z art. 60 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 października 2013 r. 952/2013 ustanawiającego unijny kodeks celny w zw. z art. 16 Pzp. Według Odwołującego wskazane naruszenie jest skutkiem dokonania nieprawidłowego badania i oceny ofert, które doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/125/UE, przekracza w oferowanej przez MAS dostawie 50%, choć w rzeczywistości towary oferowane przez MAS pochodzą z Turcji, a więc zarówno względem Odwołującego, jak i MAS, nie stosuje się preferencji unijnej z art. 393 ust. 2 Pzp.

W zakresie tego zarzutu Izba uwzględniając kontekst sytuacyjny sprawy miała na uwadze wskazywane przez Odwołującego okoliczności oraz środki jakie powinien zastosować Zamawiający dla poczynienia żądanych przez wykonawcę ustaleń i dowód z certyfikatu jaki złożył z odwołaniem.

Zgodnie ze SWZ - wykonawcy w Formularzu ofertowym w punkcie 5 byli zobowiązani złożyć oświadczenie wg instrukcji: „Wykonawca zaznacza właściwy kwadrat. W przypadku braku zakreślenia, zamawiający przyjmuje, że wykonawca dostarczy ponad 50% towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców”.

Konsorcjum MAS zaznaczyło pierwsze z oświadczeń w brzmieniu: „Oświadczamy, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE przekracza w oferowanej dostawie 50%”.

Drugie z oświadczeń o brzmieniu: „Oświadczamy, że udział produktów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE nie przekracza w oferowanej dostawie

50%”. - zaznaczył Odwołujący.

Tak jak wskazywał Odwołujący do Konsorcjum MAS zostało skierowane wezwanie o wyjaśnienie czy wyroby oferowane przez niego są poddane ostatniej istotnej ekonomicznie obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu na terytorium kraju korzystającego z tzw. preferencji wspólnotowych. Konsorcjum MAS w odpowiedzi na wezwanie - Lider Konsorcjum - oświadczyło w pierwszej części wyjaśnień, że: „oferowane przez naszego Producenta MFA półmaski są poddawane przetworzeniu, które powoduje wytworzenie nowego produktu w krajach objętych tzw. preferencjami wspólnotowymi”, a następnie w drugim zdaniu podało, że „MAS będzie wykorzystywać ponad 50% surowców pochodzących z Państw Członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców”. Do tego pisma załączyło także oświadczenie - oparte na tych samych twierdzeniach - producenta MFA. Odwołujący przytoczył zatem jedynie końcowy fragment oświadczeń, złożonych zarówno przez Lidera, jak i członka konsorcjum, pomijając zasadniczą ich część, w której stwierdzone zostało, że „oferowane przez naszego Producenta MFA półmaski są poddawane przetworzeniu, które powoduje wytworzenie nowego produktu w krajach objętych tzw. preferencjami wspólnotowymi”. Izba także w tym przypadku zgodziła się z Zamawiającym, że oświadczenie w imieniu producenta MFA sygnowane było przez osoby, umocowane do występowania w imieniu spółki MFA, co potwierdzał przedłożony przez Zamawiającego wydruk weryfikacji ważności certyfikatów kwalifikowanych podpisów elektronicznych.

Izba (podobnie jak Zamawiający) również zwraca uwagę, że Odwołujący, zarzucając brak wykazania przez Konsorcjum MAS pochodzenia oferowanego wyrobu wskazał, że Zamawiający powinien był żądać w Specyfikacji technicznej dokumentów potwierdzających pochodzenie towarów. Jednakże Zamawiający w przypadku tego przetargu wymagał tylko oświadczenia i wobec wątpliwości zwrócił się o wyjaśnienie jego treści. Nie wskazał w tym wezwaniu na środki dowodowe jakie Konsorcjum miałyby przedłożyć. Także przepisy ustawy Pzp nie definiują charakteru środka dowodowego, który miałby przedstawić wykonawca

celem wykazania, że dostawa obejmuje produkty pochodzące w zakresie przekraczającym 50% z krajów korzystających z tzw. preferencji wspólnotowych. Również Odwołujący nie wskazał dokumentów, w tym dokumentów urzędowych, które mogłyby potwierdzać, że oferowane przez poszczególnych wykonawców półmasksi zostały poddane ostatniej istotnej ekonomicznie obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu na terytorium kraju korzystającego z tzw. preferencji wspólnotowych. Wskazany przez niego wraz z odwołaniem certyfikat nie odnosi się do wyrobów oferowanych przez Konsorcjum MAS. Odnosi się - Jak wskazał Przystępujący - do produktu, który nie jest wytwarzany przez któregokolwiek z członków wspomnianego Konsorcjum. Certyfikat bowiem wskazany jako dowód nie dotyczy producenta M.F.A. IS GUVENLIGI MEDIKAL TEKSTIL IMALAT. TIC. SAN.LTD.STI. Producentem wskazanym w treści dokumentu jest MFA IS GUEVENLIGI MEDIKAL ANONIM SIRKETI - jak podnosił Przystępujący - odrębny podmiot gospodarczy, który nie jest ani uczestnikiem Konsorcjum ani producentem półmasek oferowanych przez Konsorcjum w postępowaniu. Tym samym także ten zarzut oparty na wskazanych okolicznościach nie mógł podlegać uwzględnieniu, również co do naruszenia zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.