Sygn. akt: KIO 311/22

WYROK

z dnia 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez E. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych, Piekary 363, 32-060 Liszki w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków

przy udziale Zarmen Sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Zarmen Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych oraz Rozdz. 3, pkt 3.7.2.8 SWZ;

- zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Zarmen Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych zgodnie z warunkami zamówienia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. 3 pkt 3.1.1.4 SWZ,

i nakazuje zamawiającemu TAURON Dystrybucja S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Zarmen Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża E. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod

nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych w części 3/5, TAURON Dystrybucja S.A. w części 1/5 oraz Zarmen Sp. z o.o. w części 1/5 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez E. B. prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez TAURON Dystrybucja S.A. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od TAURON Dystrybucja S.A. na rzecz E. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych kwotę 840 zł 00 gr (słownie: osiemset czterdzieści złotych zero groszy),

3.3. zasądza od Zarmen Sp. z o.o. na rzecz E. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych kwotę
4 440 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 311/22

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa wyłączników SN dla TAURON Dystrybucja S.A.". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2021 r. pod pozycją 2021/S 156-414584.

W dniu 7 lutego 2022 r. wykonawca E. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w Zadaniu nr 1 ww. postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 393 ust. 1 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZARMEN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zarmen"), mimo iż oferta nie spełnia przewidzianego w warunkach zamówienia wymagania, aby 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, był równy lub przekraczał 50%, mimo iż wymóg taki został przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu,

a także w warunkach zamówienia (SWZ, Rozdz. 3, pkt 3.7.2.8),

ewentualnie: w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Zarmen - art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zarmen do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz Rozdz. 3, pkt 3.7.2.8 SWZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Zarmen, mimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności §3 ust. 5 pkt 2 Załącznika nr 8 do SWZ, który zgodnie z pkt 2.1.2 zawiera Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, w zakresie, w jakim wykonawca zobowiązuje się w okresie realizacji zamówienia do dokonywania bieżących dostaw urządzeń fabrycznie nowych, wolnych od wad fizycznych i prawnych, nie starszych niż 6 miesięcy, podczas gdy nie jest możliwa zgodna
z tymi warunkami dostawa urządzeń wskazanych w ofercie Zarmen;

3. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 387 §1 oraz w zw. z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zarmen jako nieważnej na podstawie przepisów ustawy - Kodeks cywilny ze względu na brak możliwości realizacji przez Zarmen świadczenia objętego umową w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z warunkami zamówienia i treścią oferty;

4. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zarmen do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych zgodnie z warunkami zamówienia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. 3 pkt 3.1.1.4 SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Zarmen jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3. odrzucenia oferty złożonej przez Zarmen;

ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia żądania odrzucenia oferty Zarmen:

- wezwania Zarmen do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania wymagania dotyczącego udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz Rozdz. 3, pkt 3.7.2.8 SWZ;

- wezwania Zarmen do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. 3 pkt 3.1.1.4 SWZ.

Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji VI.3), Zamawiający przewidział, iż: „Wymaga się, aby udział towarów 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 20141251UE, był równy lub przekraczał 50%.” Takie samo wymaganie zostało zawarte w Rozdz. 3 pkt 3.7.2.8 SWZ. Odwołujący zaznaczył, że ww. wymaganie, którego określenie w ramach zamówień sektorowych zostało wprost przewidziane w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowi jeden z wymaganych elementów warunków zamówienia, którego niespełnienie jest podstawą dla odrzucenia oferty.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 60 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny (Dz.Urz.UE.L Nr 269, str. 1) (dalej: „Rozporządzenie Rady”) towarami pochodzącymi z danego kraju są towary całkowicie uzyskane w tym kraju. Natomiast 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.

Wydane na podstawie delegacji zawartej w Rozporządzeniu Rady, Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 2015/2446 z dnia 28 lipca 2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 w odniesieniu do szczegółowych zasad dotyczących niektórych przepisów unijnego kodeksu celnego (Dz.Urz.UE.L Nr 343, str. 1) określa natomiast m.in.:

a. w pkt (21) motywów: „Aby zapobiec manipulacji pochodzeniem przywożonych towarów w celu uniknięcia zastosowania środków polityki handlowej, w niektórych

przypadkach należy uznać ostatnie istotne przetwarzanie lub obróbkę za nieuzasadnione ekonomicznie.”

b. w pkt (22) motywów: „Należy ustanowić reguły pochodzenia mające zastosowanie w związku z definicją pojęcia "produktów pochodzących" oraz w związku z kumulacją w ramach unijnego ogólnego systemu preferencji taryfowych (GSP), jak i preferencyjnymi środkami taryfowymi przyjętymi jednostronnie przez Unię w odniesieniu do niektórych państw lub terytoriów, aby zapewnić przyznawanie preferencji wyłącznie produktom rzeczywiście pochodzącym z krajów korzystających z GSP oraz, odpowiednio, z tych krajów lub terytoriów i w związku z tym, aby korzystali z nich przewidywani odbiorcy.”

c. w Artykule 33: „Wszelkie operacje obróbki lub przetwarzania przeprowadzone w

innym państwie lub na innym terytorium uznaje się za ekonomicznie nieuzasadnione, jeżeli na podstawie dostępnych faktów ustalono, że celem tych operacji było uniknięcie zastosowania środków, o których mowa w art. 59 kodeksu.

W przypadku towarów objętych załącznikiem 22-01 do tych towarów zastosowanie mają działowe reguły rezydualne.

W przypadku towarów nieobjętych załącznikiem 22-01, gdy ostatnią obróbkę lub przetworzenie uznaje się za nieuzasadnione ekonomicznie, towary uznaje się za poddane ostatniej istotnej ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu skutkującymi wytworzeniem nowego produktu lub stanowiącymi istotny etap wytwarzania w państwie lub na terytorium, z którego pochodzi większa część materiałów. W przypadku gdy produkt końcowy ma być sklasyfikowany w działach 1-29 lub 31-40 Systemu Zharmonizowanego, większą część materiałów określa się na podstawie masy tych materiałów. W przypadku gdy produkt końcowy ma być sklasyfikowany w działach 30 lub 41-97 Systemu Zharmonizowanego, większą część materiałów określa się na podstawie wartości tych materiałów. ”

d. w Artykule 34: „Następujących operacji nie uznaje się za istotne ekonomicznie uzasadnione przetworzenie lub obróbkę do celów nadania pochodzenia:

a) operacje mające na celu zachowanie produktów w dobrym stanie podczas transportu i składowania (wietrzenie, rozkładanie, suszenie, usuwanie uszkodzonych części i podobne czynności) lub operacje ułatwiające przesyłkę lub transport;

b) proste czynności polegające na usuwaniu kurzu, przesiewaniu lub sortowaniu, segregowaniu, dobieraniu, myciu, rozcinaniu;

c) zmiany opakowania oraz rozdzielanie i łączenie przesyłek, proste umieszczanie w butelkach, puszkach, butlach, workach, pudełkach, skrzynkach, umieszczanie na kartonach lub deskach oraz wszelkie inne proste operacje związane z pakowaniem;

d) dobieranie towarów w zestawy lub komplety lub przygotowywanie do sprzedaży;

e) umieszczanie znaków, etykiet lub innych podobnych wyróżniających oznakowań na towarach lub na ich opakowaniach;

f) prosty montaż części produktu dla otrzymania kompletnego wyrobu;

g) demontaż bądź zmiana zastosowania;

h) połączenie dwóch lub więcej operacji wymienionych w lit. a)-g).

e. Artykuł 35 ust. 1: „Akcesoria, części zamienne lub narzędzia, które dostarczane są

z którymkolwiek z towarów wymienionych w sekcjach XVI, XVII i XVIII Nomenklatury scalonej i które są częścią ich standardowego wyposażenia, uznaje się za posiadające to samo pochodzenie co te towary.”.

Odwołujący stwierdził, że powyższe normy i dalsza odnosząca się do nich legislacja

oraz interpretacja w orzecznictwie unijnym i krajowym wskazują, że dla zgodnego z ustawową siatką pojęciową określenia pochodzenia produktów nie jest istotny kraj, w którym siedzibę ma producent czy też w którym podlegają one certyfikacji lub ostatnim czynnościom przed wprowadzeniem do obrotu. Kluczowe jest ustalenie kraju, w którym takie produkty i składające się na nie materiały są wytwarzane lub też podlegają ostatniemu istotnemu przetworzeniu lub obróbce. Dotyczyć to może oceny ilościowej lub wartościowej komponentów składających się na gotowy produkt, jak również oceny jakościowego znaczenia - z punktu widzenia przeznaczenia i cech funkcjonalnych produktu. Zgodnie z działową regułą rezydualną zawartą w Załączniku 22-01 do ww. Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) nr 2015/2446,
w odniesieniu do towarów klasyfikowanych kodem 8535 (Urządzenia elektryczne do przełączania lub zabezpieczania obwodów elektrycznych, lub do wykonywania połączeń w obwodach elektrycznych, lub do tych obwodów (na przykład przełączniki, bezpieczniki, odgromniki, ograniczniki napięcia, tłumiki przepięciowe, wtyki i inne złącza, skrzynki przyłączowe), do napięć przekraczających 1 000 V), o możliwości uznania towaru za pochodzący z kraju objętego tzw. preferencją celną decyduje podstawowa zasada CTH - zmiana na daną pozycję z dowolnej innej pozycji (z wyjątkiem pozycji 8538; albo montaż produktów półprzewodnikowych), zaś „Jeżeli kraju pochodzenia nie można ustalić przez zastosowanie reguł podstawowych, krajem pochodzenia towarów jest kraj, z którego pochodzi największa część materiałów ustalona na podstawie ich wartości.”

Odwołujący wskazał, że sposób ustalania pochodzenia towarów w oparciu o powyższe przepisy i w rozumieniu przyjętym w ramach prawa celnego UE (które znajduje zastosowanie w odniesieniu do pojęć użytych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), nie wyklucza innego określenia „producenta” w ramach prowadzonej działalności handlowej czy np. na potrzeby certyfikacji, gdyż o pochodzeniu nie decydują aspekty podmiotowe, ale miejsce wytworzenia towaru lub materiałów, z których jest on wykonany.

W ocenie Odwołującego, budzi zasadne wątpliwości prawidłowość oświadczenia wykonawcy Zarmen o udziale produktów z krajów objętych tzw. preferencją celną (czyli tych, do których odnosi się art. 393 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp), który potwierdził w pkt 1.14 Załącznika nr 1 do SWZ, że udział ten jest równy lub przekracza 50%. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, przeważający udział w ofercie Zarmen mają towary, które zgodnie z obowiązującymi regułami należy sklasyfikować jako produkty pochodzące z Chin, a więc spoza obszaru objętego preferencją celną, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, okoliczności na to wskazujące powinny skutkować odrzuceniem oferty Zarmen, a co najmniej - wzbudzić wątpliwości obligujące Zamawiającego do wystosowania wezwania do wyjaśnień w celu ustalenia i weryfikacji prawidłowości złożonego przez Zarmen oświadczenia w zakresie pochodzenia dostarczanych towarów. Odwołujący zauważył, że takie wyjaśnienia byłyby podstawą do dalszej oceny i odrzucenia oferty
w przypadku stwierdzenia, że wykonawca błędnie określił pochodzenie towarów i uznał za możliwe potwierdzenie spełniania przedmiotowego wymagania.

Odwołujący podniósł, że w ofercie Zarmen występuje niespójność wskazująca na niezgodność z SWZ oraz podstawę odrzucenia złożonej oferty, o której mowa wart. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp: w złożonym certyfikacie zgodności dla urządzeń VC-1 nr DN/541 /2021 wskazano nazwę laboratorium, które znajduje się w Chinach: EETI China National Centre for Ouality Superyision. Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, iż przedmiotowe urządzenie do pewnego etapu produkowane było i testowane na terytorium Chin, a dopiero w dalszej kolejności - testy prowadziło laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji.

Odwołujący podniósł przy tym, że zarówno wyłączniki VC-1, jak i EV-1 wykazują znaczne podobieństwo swoich cech do produktów sprzedawanych przez producentów chińskich, również w celu dalszej odsprzedaży przez innych producentów pod własną marką (tzw. OEM). Odwołujący zauważył, że wystarczy porównanie w zakresie wizualnym (budowa, wygląd zewnętrzny i wewnętrzny, układ przycisków i dźwigni, rozwiązanie w zakresie napędu) i oferowanych parametrów, gdzie widoczne jest wyraźne podobieństwo między urządzeniami VC-1 i EV-1 objętymi ofertą Zarmen, a produktami wytworzonymi w Chinach i oferowanymi do nabycia przez chińskich producentów, którzy oferują swoje rozwiązania (w tym na zasadach tzw. OEM) również na rynek Polski. Wskazuje to na to, w opinii Odwołującego, iż w zakresie obu rodzajów wyłączników próżniowych, doszło do zakupu towaru lub jego istotnych elementów wyprodukowanych przez inny podmiot na terenie Chin.

Dodatkowo, zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, ani Zarmen ani JM- Tronic czy też Elektrobudowa S.A. (na której potencjał powołuje się Zarmen) nie dysponują na terenie Polski wyspecjalizowanym parkiem maszynowym niezbędnym dla produkcji wyłączników próżniowych w zakresie kluczowych elementów urządzeń takich, jak silniki,

cewki czy też najważniejsza część wyłącznika - komora próżniowa, do której wyprodukowania konieczne jest posiadania pieców próżniowych. Wskazuje to, iż urządzenia VC-1 i EV-1 objęte ofertą Zarmen nie mogą być w całości ani też w zasadniczej części wytwarzane przez producentów, pod których marką są sprzedawane, zaś faktycznym krajem, w którym następuje wytworzenie i ostatnie istotne przetworzenie lub obróbka tych towarów są Chiny, gdzie urządzenia te są również sprzedawane pod innymi markami bezpośrednich wytwórców.

Jest to sposób działalności spotykany na rynku ze względu na politykę chińskich wytwórców, którzy oferują sprzedaż gotowych produktów do dalszego przetworzenia lub sprzedaży pod własną marką innego producenta. Jednakże, z punktu widzenia klasyfikacji pochodzenia nie każde takie przetworzenie umożliwia uznanie produktu za pochodzący z kraju, którego dotyczy preferencja celna. Odwołujący zaznaczył, że jakkolwiek jest to często spotykana praktyka, to z punktu widzenia art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i wymogów obowiązujących w tym postępowaniu, wpływa ona na ocenę udziału towarów pochodzących z terytoriów objętych preferencją celną i w tym przypadku, gdzie wymaganie takie zostało wprowadzone - decyduje o dopuszczalności złożenia oferty o określonej strukturze produktowej (stanowi przesłankę odrzucenia oferty).

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Odwołującego i jego najlepszą wiedzą, objęte ofertą Zarmen wyłączniki EV-1 i VC-1 są wytwarzane w Chinach, a ich przetworzenie w Polsce (skutkujące możliwością zmiany oznaczeń producenckich) polega najprawdopodobniej jedynie na zmianie nazwy producenta i logo na panelu czołowym wyłącznika oraz dodaniu konstrukcji wsporczej w formie wózka z przewodem sterującym (o małej wartości w stosunku do wartości wyłącznika). Nie są to działania zmieniające klasyfikację towaru, jego istotne cechy i przeznaczenie. Nie powoduje to ani istotnego, uzasadnionego ekonomicznie przetworzenia lub obróbki w rozumieniu wyżej cytowanych przepisów ani też dodania elementów o porównywalnie istotnej wartości czy znaczeniu w stosunku do konstrukcji bazowej urządzenia nabywanej od innego podmiotu. Proces w powyższym zakresie, któremu poddawane są towary o pochodzeniu niepreferencyjnym (sprowadzane z obszaru nieobjętego preferencją celną, której dotyczy art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), nie powoduje w związku z tym możliwości uznania „pochodzenia preferencyjnego” tych towarów.

Analizując części składowe urządzenia (wyłącznika) i szacunkowy podział wartości tych części, Odwołujący stwierdził, że ich struktura przedstawia się następująco:

• biegun w izolacji wraz z komora próżniową (3 szt. / na wyłącznik) - 50% (pochodzenie: Chiny)

• napęd z wałem głównym - 20% (pochodzenie: Chiny)

• silnik z przekładnią -10% (pochodzenie: Chiny)

• komplet cewek + wtyczka obwodów wtórnych - 10% (pochodzenie: Chiny)

• pozostałe - 10% (możliwe pochodzenie preferencyjne, np. Polska).

W przekonaniu Odwołującego, z każdego punktu widzenia istotnego dla ustalenia pochodzenia towaru, urządzenie należałoby zatem uznać za pochodzące z Chin, tj. obszaru nieobjętego preferencją.

Odwołujący podniósł, że uznanie wyłączników EV-1 i VC-1 za niepochodzące z krajów wymienionych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, powoduje, iż udział takich towarów w ofercie Zarmen nie spełnia wymaganego progu co najmniej 50%. W postępowaniu dostarczeniu podlegają:

- 305 sztuk wyłączników (łącznie EV-1 i VC-1);

- 12 kompletów części zamiennych do urządzeń dla każdego oddziału Zamawiającego;

- dla każdego z dostarczanych wyłączników (czyli 305 sztuk): konstrukcja wsporcza w formie wózka + przewód sterujący.

Odwołujący stwierdził, że spośród nich, jedynie w odniesieniu do konstrukcji

wsporczej można by uznać jej pochodzenie preferencyjne, podczas gdy dla pozostałych części składowych/towarów, ich miejscem pochodzenia (zgodnie z wyżej przedstawioną argumentacją) są Chiny.

Odnosząc się z kolei do ceny jednostkowej netto, która w ofercie Zarmen wynosi dla każdego wyłącznika 14 200,00 zł netto Odwołujący wskazał, że szacunkowo ponad 60% tej kwoty to koszt wyłącznika wraz z kompletem części zamiennych. Przy czym, oprócz dostawy towarów (wyłącznika, części zamiennych i konstrukcji wsporczej), cena ta pokryć musi również koszty usługi gwarancyjnej i przeglądu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że również pod kątem wartościowym, wartość elementów o pochodzeniu niepreferencyjnym stanowi ponad 50% wartości dostarczanych towarów. Powyższe wskazuje, że minimalny udział wartościowy towarów określonego pochodzenia, wymagany zgodnie z warunkami zamówienia, nie został przez Zarmen zachowany, co w konsekwencji prowadzić powinno do odrzucenia oferty, a co najmniej - powinno podlegać uprzedniemu zbadaniu poprzez wezwanie Zarmen do udzielenia stosownych wyjaśnień złożonego w ofercie oświadczenia. Jest to tym bardziej zasadne, że zachowanie zgodności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wymaga weryfikacji, czy złożone oświadczenie zostało oparte o właściwe rozumienie przez wykonawcę kryteriów ustalania pochodzenia towarów i czy uwzględnił on konieczność wzięcia pod uwagę np. nie tylko ostatniego miejsca przetworzenia czy certyfikacji towaru, ale także jego istotności czy też pochodzenia zasadniczych komponentów produktu, zgodnie z wytycznymi wynikającymi z przepisów unijnych.

Odwołujący podkreślił, że w sytuacji budzącej wątpliwości co do rzetelności i zgodności z SWZ złożonej oferty, to na Zarmen jako profesjonalnym wykonawcy, spoczywa obowiązek wykazania zgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia, tj. udzielenia wyjaśnień potwierdzających, że wybrane przez Zarmen reguły ustalania pochodzenia produktów zostały właściwie dobrane i zastosowane w odniesieniu do jego oferty.

W Rozdz. 2 pkt 2.1.2 SWZ wskazano, iż Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w Projekcie Umowy w Załączniku nr 8 do SWZ. Projekt Umowy przewiduje z kolei w §2 ust. 2, iż wykonawca będzie dostarczał Zamawiającemu Urządzenia sukcesywnie w żądanych przez Zamawiającego ilościach na podstawie oddzielnych zamówień składanych pisemnie lub pocztą elektroniczną. Wykonanie Przedmiotu Umowy nastąpi w okresie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem możliwości przedłużenia (§2 ust. 1 Projektu Umowy). Jednocześnie, w ramach szczegółowych obowiązków Stron w §3 ust. 5 pkt 2, wykonawca zobowiązuje się do dostawy asortymentu fabrycznie nowego, w pełni sprawnego, wolnego od wad fizycznych i prawnych, nie starszego niż 6 miesięcy i objętego Gwarancją określoną w 58 Umowy. Zobowiązanie wykonawcy obejmuje dostawę Urządzeń nieobciążonych prawami ustanowionymi na rzecz osób trzecich.

Odwołujący podniósł, że w związku z tym wymagana jest bieżąca produkcja i dostępność urządzeń tak, aby w chwili dostawy asortyment był zgodny z wymaganiami §3 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy, w szczególności w zakresie dostawy urządzeń fabrycznie nowych, nie starszych niż 6 miesięcy. Zważywszy na czas obowiązywania Umowy, może być wymagane dostarczenie urządzeń wyprodukowanych już po zawarciu Umowy, tak aby dotrzymać wymagania: „nie starsze niż 6 miesięcy". Jak zauważył Odwołujący, nie jest zatem możliwe zapewnienie sobie możliwości realizacji dostaw przez wcześniejsze zmagazynowanie urządzeń lub odkupienie urządzeń już wyprodukowanych od innych podmiotów (mają być fabrycznie nowe). Jednocześnie, składając ofertę, wykonawca zobowiązuje się do realizacji objętego nią świadczenia, musi zatem mieć możliwość zapewnienia realizacji zamówienia zgodnej z warunkami zamówienia. W przeciwnym razie, jego działanie naruszałoby nie tylko oczywisty interes Zamawiającego, ale także byłoby działaniem naruszającym zasady uczciwej konkurencji i równości wobec pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku oferty Zarmen i oferowanych wyłączników próżniowych VC-1, wykonawca nie może zapewnić realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gdyż inaczej niż w przypadku normalnych warunków prowadzenia działalności, nie jest możliwe zapewnienie bieżącej produkcji tych urządzeń, co jest wiadome już na obecnym etapie, tj. przed udzieleniem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że już w dokumentach uzupełnianych przez Zarmen w dniu 27 grudnia 2021 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w wymaganym certyfikacie dla urządzenia VC-1, jako producenta wskazano: JM-TRONIC S.A. w restrukturyzacji. Wobec producenta oferowanych przez Zarmen urządzeń w dniu 2 lutego 2021 r. otwarto

postępowanie sanacyjne. Aktualnie, postanowieniem Sądu z dnia 20 stycznia 2022 r.

ogłoszona została upadłość producenta JM-Tronic S.A. Zgodnie z art. 61 ustawy Prawo upadłościowe: Z dniem ogłoszenia upadłości majątek upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego. W związku z tym, realizowany przez syndyka cel postępowania upadłościowego zmierza do zaspokojenia roszczeń wierzycieli, nie zaś do kontynuowania przez spółkę działalności produkcyjnej, w szczególności poprzez zaciąganie zobowiązań i realizację nowych zleceń produkcyjnych. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i aktualnie - realizacja świadczenia objętego ofertą Zarmen nie jest możliwa, gdyż oferowane urządzenia VC-1 produkcji JM-Tronic S.A. nie są produkowane ze względu na upadłość producenta.

W ocenie Odwołującego, treść złożonej oferty nie odpowiada w tym zakresie warunkom zamówienia, tj. w szczególności wymaganiom §3 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy, gdyż oferowane urządzenia nie znajdują się w bieżącej produkcji.

Odwołujący podniósł, że powyższe okoliczności, oprócz zaistnienia podstawy odrzucenia ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, powodują także nieważność oferty jako czynności prawnej, w świetle przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z art. 387 §1 kc: „Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna". Powoduje to, iż złożenie oferty zmierzającej do zawarcia takiej umowy, również stanowi czynność nieważną, ze względu na skutek przewidziany w art. 58 §1 kc.

Odwołujący stwierdził, że wybór oferty Zarmen jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której ogłoszono upadłość producenta oferowanych urządzeń, a zatem działalność produkcyjna nie jest kontynuowana, jest niedopuszczalny i dodatkowo prowadzi do zachwiania zasad uczciwej konkurencji poprzez wybór oferty niespełniającej warunków zamówienia

i oferującej wykonanie świadczenia niemożliwego - bieżące dostawy przez okres co najmniej 12 miesięcy od zawarcia Umowy urządzeń nie starszych niż 6 miesięcy, które nie będą produkowane. Przy czym, okoliczność ta zaistniała jeszcze w toku postępowania, przed zawarciem Umowy.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, iż Zarmen wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdz. 3 pkt 3.1.1.4 SWZ, tj. warunek zdolności technicznej i zawodowej polegający na wykonaniu opisanych w tym punkcie dostaw wyłączników SN.

Jak wskazał Odwołujący, wykazując spełnianie powyższego warunku, Zarmen powołał się na dostawę wykonaną w okresie od listopada 2018 do lutego 2019 r. przez spółkę ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach (poz. nr 1 Wykazu dostaw), dołączając referencję wystawioną na rzecz tej spółki. Zarmen powołał się przy tym na oświadczenie własne złożone wraz z Wykazem dostaw, w którym informuje, że w dniu 14 listopada 2021 r. nabył zorganizowaną część przedsiębiorstwa Elektrobudowy S.A., a tym samym może powoływać się na jej potencjał, w szczególności zdolności techniczne i zawodowe. Do oświadczenia nie dołączono żadnych dokumentów potwierdzających, że doszło do zawarcia umowy sprzedaży i to w zakresie relewantnym dla części przedsiębiorstwa, która uprawnia do powoływania się na odpowiadające warunkowi zdolności techniczne i zawodowe.

Zdaniem Odwołującego, o ile sam fakt wystąpienia sukcesji generalnej w zakresie obejmującym określoną zorganizowaną część przedsiębiorstwa rzeczywiście uprawnia do wykazywania się danym potencjałem, o tyle - w ramach wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykonawca jest zobowiązany do należytego udokumentowania tego faktu i wykazania, że dysponuje możliwością powoływania się na zdolności uzyskane przez inny podmiot w toku prowadzonej przez niego działalności. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie powinien opierać się w tym zakresie wyłącznie na oświadczeniu własnym wykonawcy, przyjmując je bezkrytycznie, podczas gdy, w szczególności w przypadku powoływania się na zdolności podmiotów trzecich wymagane jest przedstawienie dokumentów w formie pisemnej potwierdzających dysponowanie przez wykonawców taką możliwością.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, zasadne jest wezwanie Zarmen, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie, w szczególności poprzez przedstawienie dokumentów potwierdzających przejście na Zarmen potencjału wykonawcy dostawy w poz. 1 Wykazu dostaw i uprawniających do powoływania się na realizację wykonaną przez podmiot

inny niż sam wykonawca ewentualnie, poprzez zastąpienie wykazywanej w poz. 1 dostawy inną dostawą spełniającą warunek udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Zarmen.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut oznaczony w petitum odwołania nr 4, t. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zarmen do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych zgodnie z warunkami zamówienia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. 3 pkt 3.1.1.4 SWZ. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W toku posiedzenia wykonawca Zarmen zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu oznaczonego w petitum odwołania nr. 4.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zarmen do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie udziału produktów pochodzących z krajów wskazanych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz Rozdz. 3, pkt 3.7.2.8 SWZ.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 3 pkt 3.7.2.8 SWZ Zamawiający wymagał, aby udział towarów 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, był równy lub przekraczał 50%. Na potwierdzenie spełniania ww. wymagania Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia o treści: „udział towarów 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, jest równy lub przekracza 50% - dotyczy zadania

nr .....” (Załącznik nr 1 do SWZ Oświadczenie wraz z

Formularzem Cenowym, pkt C ppkt 1.14).

Wykonawca Zarmen zaoferował wyłączniki próżniowe 17,5 kV, typ EV1, producenta Zarmen Zakład Elektrobudowa, oraz wyłączniki próżniowe 24 kV, typ VC-1, producenta JM-TRONIC. Wykonawca Zarmen złożył również w ofercie oświadczenie o treści: „udział towarów 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, jest równy lub przekracza 50% - dotyczy zadania nr 1.”.

Izba stwierdziła, że ww. oświadczenie wykonawcy Zarmen budzi wątpliwości. Złożone

przez Odwołującego dowody w postaci:

- porównania wyłączników próżniowych EV1 oferowanych przez Zarmen oraz urządzeń TAV1 VBM produkcji Ampower,

- porównania wyłączników próżniowych VC-1 oferowanych przez Zarmen z wyłącznikami VMK produkcji Macwey,

- wydruku ze strony internetowej Ampower Electric Co. Ltd.,

- wyciągu z prezentacji biznesowej Ampower z 2021 r.,

- wyciągu z katalogu Ampower obejmującego wyłączniki próżniowe,

- Certyfikat zgodności nr DN/541/2021 dla urządzenia VC-1 złożonego przez wykonawcę Zarmen,

- wyciąg z katalogu produktów producenta Macwey Industrial Technology Co. Ltd. z siedzibą w Ningbo (Chiny),

- wydruku ze strony internetowej Ampower zakładka Kontakt,

- wyciągu z prezentacji Ampower z 2021 r., ostatni slajd,

- wydruku z profilu LinkedIn pani Tina Mai, sekcja Zainteresowania,

wskazują na znaczne podobieństwo posiadanych cech (w tym podobieństwo wizualne, oraz w zakresie oferowanych parametrów) do produktów sprzedawanych przez producentów chińskich, potwierdzają, że możliwy jest zakup towaru od chińskiego producenta i jego sprzedaż pod własną marką, a także, że chiński producent prowadzi sprzedaż towarów m.in. na rynek polski. Złożony przez wykonawcę Zarmen w toku rozprawy wydruk z karty katalogowej ABB Sp. z o.o. na okoliczność, że oferowane przez tego wykonawcę wyłączniki również są podobne do wyłączników oferowanych przez Zarmen i tym samym do wyłączników produkowanych przez producentów chińskich, nie potwierdza stawianej przez Zarmen tezy. Przeciwnie, stopień wizualnego podobieństwa wyłączników oferowanych przez ABB

z wyłącznikami oferowanymi przez Zarmen znacząco odbiega od stopnia wizualnego podobieństwa pomiędzy wyłącznikami produkcji chińskiej a wyłącznikami zaoferowanymi przez Zarmen w przedmiotowym postępowaniu. Jednoznacznego zaprzeczenia stanowisku Odwołującego nie może stanowić przywołany przez wykonawcę Zarmen argument, że w złożonym przez Odwołującego formularzu zamówienia wyłączników próżniowych (Dowód nr 3) parametry związane z napięciem sterowania cewek są na poziomie 110 V, 220 V i 230 V, Zamawiający oczekuje zaś, żeby były również dostarczane wyłączniki z napięciem 24 V i 48 V. Treść przedmiotowego formularza wskazuje na to, że możliwe jest zamówienie wyłączników o innych parametrach, niż wprost wymienione w formularzu (kolumna 6). Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że wykonawca Zarmen nie podjął inicjatywy dowodowej w celu wykazania bezzasadności rozpoznawanego zarzutu.

Wobec powyższego, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Zarmen do wyjaśnień w celu ustalenia i weryfikacji prawidłowości złożonego przez wykonawcę Zarmen oświadczenia w zakresie pochodzenia oferowanych towarów. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego złożonego przez Odwołującego o zobowiązanie wykonawcy Zarmen do przedłożenia sprawozdań z badań oferowanych produktów oraz o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Izba stwierdziła, że aby prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty złożonej przez Zarmen mogła podlegać ostatecznej ocenie Izby oraz aby prawdziwość oświadczenia wykonawcy Zarmen mogła ewentualnie zostać zweryfikowana przez biegłego, w pierwszej kolejności Zamawiający powinien wykonać czynność oceny oferty wykonawcy Zarmen w sposób prawidłowy, tj. wyjaśnić sporną kwestię.

Jednocześnie, Izba uznała, że powołane przez Odwołującego dowody nie są wystarczające do stwierdzenia w sposób nie budzący wątpliwości, że produkty oferowane przez wykonawcę Zarmen pochodzą z Chin. Tylko jednoznaczne potwierdzenie ww. okoliczności mogłoby stanowić podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Zarmen na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 387 §1 oraz w zw. z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zarmen. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że bieżąca produkcja urządzeń nie będzie możliwa, nie złożył dowodów na tę okoliczność. Przy rozpoznawaniu przedmiotowych zarzutów Izba wzięła pod uwagę, że postanowieniem z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. akt XVIII GU 495/21 Sąd Rejonowy dla Miasta Stołecznego Warszawy w Warszawie XVIII Wydział Gospodarczy dla spraw Upadłościowych

i Restrukturyzacyjnych ogłosił upadłość JM-TRONIC S.A. z siedzibą w Warszawie oraz zatwierdził warunki sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa na rzecz wykonawcy Zarmen.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Zarmen do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych zgodnie z warunkami zamówienia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. 3 pkt 3.1.1.4 SWZ.

Izba ustaliła, że w złożonym wykazie dostaw w poz. 1 wykonawca Zarmen powołał się na dostawę wykonaną przez Elektrobudowa S.A. Wykonawca Zarmen złożył również Zamawiającemu oświadczenie z dnia 23 września 2021 r., zgodnie z którym 14 września 2021 r. wykonawca Zarmen zawarł z Syndykiem masy upadłościowej Elektrobudowa S.A. w upadłości umowę sprzedaży zorganizowanych części przedsiębiorstwa Elektrobudowy S.A. obejmujących:

„- zorganizowaną część przedsiębiorstwa „Produkcja", w skład której wchodzi zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na produkcji rozdzielnic i szynoprzewodów w zakładach w Tychach i Koninie oraz

- zorganizowaną część przedsiębiorstwa „Realizacja", w skład której wchodzi zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług [realizacji kontraktów] w branży energetycznej i przemysłowej, zlokalizowanej w Katowicach oraz w poszczególnych lokalizacjach, gdzie taka działalność jest prowadzona.

Na podstawie wyżej wymienionej Umowy, Zarmen stała się wyłącznym dysponentem potencjału Elektrobudowy i uprawniona jest w szczególności do posługiwania się zdolnościami technicznymi, zawodowymi oraz wiedzą i doświadczeniem uzyskanymi w toku prowadzenia działalności przez Elektrobudowę w ramach ww. zorganizowanych części przedsiębiorstwa, zarówno w zakresie produkcji urządzeń, jak również realizacji kontraktów w branży elektrycznej i przemysłowej."

Izba przychyliła się do zgodnego stanowiska Odwołującego i Zamawiającego, że wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca Zarmen powinien wykazać Zamawiającemu przez złożenie stosownych dokumentów, że dysponuje możliwością powoływania się na zdolności uzyskane przez Elektrobudowa S.A. w toku prowadzonej przez tę spółkę działalności. Złożony na tę okoliczność na etapie postępowania odwoławczego przez Zarmen wydruk ze strony internetowej nie może zastąpić wykazania Zamawiającemu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący

sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania. W takiej sytuacji , Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego lub od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 2/5 (zarzuty nr 2 i 5) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty nr 1, 3 i 4). Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 3/5, Zamawiającego w części 1/5 (zarzut nr 2) oraz wykonawcę Zarmen w części 1/5 (zarzut nr 5). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu

wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 22 200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego

w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 13 320 zł (22 200 zł x 3/5). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 5 280 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, odpowiadał zaś za nie do wysokości 4 440 zł (22 200 zł x 1/5). Różnicę w kwocie 840 zł Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego. Wykonawca Zarmen, w świetle wyniku postępowania odwoławczego, odpowiadał za jego koszty do wysokości 4 440 zł (22 200 zł x 1/5). Kwotę tę Izba zasądziła od Zarmen na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: .....