

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę : **Boryszew S.A Oddział Boryszew ERG, ul. 15 Sierpnia 106, 96-500 Sochaczew** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **KASTELL Systemy Szczotek Przemysłowych J. P., P. M. Sp. z o.o., Sp.k., ul. Urodzajna 4, 54-067 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę : **Boryszew S.A Oddział Boryszew ERG, ul. 15 Sierpnia 106, 96 - 500 Sochaczew,** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Boryszew S.A Oddział Boryszew ERG, ul. 15 Sierpnia 106, 96-500 Sochaczew** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 941 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) od wykonawcy: **Boryszew S.A Oddział Boryszew ERG, ul. 15 Sierpnia 106, 96-500 Sochaczew** na rzecz zamawiającego:

1

3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków
stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

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

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 050-082584 w dniu 11 marca 2016 r.

Wykonawca BORYSZEW S.A. Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie wniósł odwołanie, zarzucając niezgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu czynności, tj.:

1. wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez firmę KASTELL Systemy Szczotek Przemysłowych J.P., P. M. sp. z o.o., Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, zwanej dalej „KASTELL”, która:

- 1) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp,
- 2) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o powtórzenie oceny ofert, odrzucenie oferty KASTELL i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w dniu 27 czerwca 2016 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez wykonawcę KASTELL, zaś ofertę Odwołującego ocenił jako mniej korzystną. Wobec tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie. Pismem z dnia 06.07.2016 r. Zamawiający anulował ww. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownej analizy ofert.

W dniu 26.07.2016 r. Zamawiający dokonał ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtarzając treść czynności z dnia 27.06.2016 r., nie odnosząc się do zarzutów podniesionych w stosunku do wykonawcy KASTELL.

W Rozdziale V punkt A podpunkt 2) SIWZ - Zamawiający wskazał, iż wykonawca dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w myśl art. 22 ust. 1 ustawy Pzp powinien wykazać spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W sytuacji, gdy wykonawca polega w tym zakresie na zasobach innych podmiotów powinien udowodnić, że będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. W celu wykazania spełnienia powyższej przesłanki (Rozdział VI pkt A pkt 2 SIWZ) należało

3

przedstawić pisemne zobowiązanie podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega. Zamawiający wymagał, aby to zobowiązanie określało:

- zakres udostępnianych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu,
- okres na jaki zasoby innego podmiotu zostaną udostępnione wykonawcy przez podmiot trzeci.

Wykonawca KASTELL załączył do oferty „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” wystawiony w Paryżu w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez podmiot EIFFEL GROUP France z siedzibą w Paryżu. Z treści tego dokumentu wynika, iż firma EIFFEL GROUP udostępniła wykonawcy KASTELL swoje zasoby niezbędne do wykonania zamówienia między innymi w ten sposób, iż jako producent granulatu będzie brała udział w realizacji zamówienia, zaś wykonawca KASTELL będzie dystrybutorem granulatu na podstawie odrębnej umowy dystrybucyjnej.

Odwołujący podniósł, że firma EIFFEL GROUP z siedzibą w Paryżu nie jest producentem żadnego środka chemicznego, a z pewnością nie granulatu do odladzania. Według dokumentów rejestrowych - jej przedmiotem działalności jest handel, dystrybucja, promocja, przedstawicielstwo, rozwój wszelkich surowców i wszelkich produktów chemicznych. To samo wynika z treści Umowy Spółki EIFFEL GROUP FRANCE. Na dowód Odwołujący przedstawił kopię wyciągu z francuskiego rejestru przedsiębiorstw, wyciąg ze statutu spółki wraz z tłumaczeniem, raport firmy detektywistycznej z czynności sprawdzenia zakładu produkcyjnego firmy EIFFEL GROUP wraz z tłumaczeniem i fotografiami.

Odwołujący podniósł, że przedstawione wraz z ofertą ww. „zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia” zawiera nieprawdziwe oświadczenia i nie spełnia warunku przewidzianego w SIWZ. Jeżeli firma EIFFEL GROUP miałaby uczestniczyć w realizacji zamówienia jako producent granulatu, to powinna tym producentem być. Jest to natomiast firma handlowa, zatrudniająca 2 osoby i posiadająca jedynie biuro handlowe w Paryżu. Oświadczenie zawarte w ofercie firmy KASTELL jest oświadczeniem fałszywym zawierającym nieprawdziwe treści, przez co nie powinno zostać uznane jako spełniające wymagania SIWZ. Nie można zatem uznać, iż wykonawca KASTELL udowodnił i udokumentował posiadanie niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia, a przez to nie wykazał spełnienia przesłanek z zakresu art. 22 ust. 1 Pzp, tj. braku podstaw do

wykluczenia.

Zamawiający w Rozdziale VI lit.D SWZ określił zakres wymaganych badań i dokumentów potwierdzających wyniki badań dla środków odlodzeniowych w celu wykazania, że oferowane środki spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie jakości. Wykonawca KASTELL w ofercie nie przedstawił dokumentów oryginalnych z badań wykonanych w Instytucie SMI w Miami, a jedynie tłumaczenie na język polski. Ponadto,

4

z tłumaczenia wyniku, iż próbka została przekazana do badania w dniu 15.11.2013 r., a data dokumentu Raport z Badań wskazuje na dzień 5.02.2015 r. Odwołujący wskazał, że badania prowadzone na środkach do odladzania trwają zwykle najwyżej 4 miesiące, zatem można poddać w wątpliwość daty widniejące na tłumaczeniu. Nadto, przedłożone tłumaczenie nie zawiera pieczęci i podpisów Instytucji wykonującej badanie. Nie może zatem stanowić podstawy do uznania, że przedstawiono wyniki badań wymagane przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca KASTELL nie wykazał spełnienia wymogu przedstawienia oferty zgodniej z treścią SWZ, posługuje się fałszywymi oświadczeniami udostępniającego zasoby i nie przedstawia dokumentu źródłowego a jedynie jego tłumaczenie.

Zamawiający pismem z dnia 11.07.2016 r. wezwał wykonawcę KASTELL do złożenia wyjaśnień, poprzez przedłożenie dokumentów zawierających wyniki badań korozyjnych dla płynu i granulatu do odladzania oraz informacji na temat składu chemicznego granulatu do odladzania. Mimo, że dokumenty powyższe powinny zostać dołączone do składanej oferty Zamawiający wyznaczył dodatkowy termin na ich złożenie. W piśmie z dnia 19.07.2016 r. wykonawca KASTELL przedłożył dokumenty: Raport z badań SMI dla oferowanych produktów zawierający wyniki badań korozyjnych wraz z tłumaczeniem na język polski oraz dokument w języku angielskim zawierający opis składu chemicznego oferowanego granulatu - bez tłumaczenia na język polski mimo wyraźnego wymogu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego budzi wątpliwości co do jego podstaw prawnych, gdyż wykonawca KASTELL nie złożył w terminie prawidłowej oferty zawierającej wszystkie wymagane elementy. Oferta posiadała braki, które nie mogą zostać uzupełnione w toku postępowania wyjaśniającego, a dodatkowo wykonawca KASTELL nie wykonał w pełni wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie załączając tłumaczenia na język polski dokumentu zawierającego skład chemiczny środka odlodzeniowego.

Wobec powyższego, oferta firmy KASTELL powinna zostać odrzucona, a wykonawca wykluczony z postępowania jako niespełniający warunku udziału w postępowaniu.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp, oferta KASTELL powinna zostać także odrzucona, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest opatrywanie towarów lub usług fałszywym lub oszukańczym oznaczeniem geograficznym, wskazującym bezpośrednio albo pośrednio na kraj, region lub miejscowość ich pochodzenia albo używanie takiego oznaczenia w działalności handlowej, reklamie, listach handlowych, rachunkach lub innych dokumentach. Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 8 u.z.n.k. nie jest konieczne zaistnienie przesłanki wprowadzenia w błąd.

5

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca KASTELL naruszył dyspozycję art. 8 uznk, gdyż przedłożone niektóre dokumenty potwierdzające niejako prawo do występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia są oznaczone w sposób nieprawidłowy. Wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające pozytywne wyniki badań środków stałych (granulat), wykonane przez SMI w Miami - na zgodność oferowanych środków z normami AMS 1431 - jeśli uznać, iż tłumaczenie jest takim dokumentem, wystawione są na firmę EIFFEL GROUP S.A. Metz, na miejsce produkcji Metz. Jak wynika z dokumentów rejestrowych firmy EIFFEL GROUP - miejsce prowadzenia działalności w Metz zostało wykreślone w dniu 28.11.2015 r. Fakt ten nie został nigdzie wyjaśniony przez wykonawcę KASTELL. Oferowane produkty nie są produkowane w Metz ani w Paryżu, a takie dokumenty są przedstawiane w postępowaniu przetargowym.

Firma KASTELL figuruje jako dystrybutor na rynku polskim środka granulowanego,

jednakże jako producent tego środka - dostarczający dokumenty i udostępniający firmie KASTELL zasoby do realizacji zamówienia - figuruje firma EIFFEL GROUP SA z siedzibą w miejscowości Metz - Francja. Jest to przedsiębiorstwo handlowe zajmujące się dystrybucją środków chemicznych, a w tym granulatu do odladzania produkcji chińskiej - pochodzącego z innego niż wskazane na dokumentach miejsca produkcji.

Zgodnie z informacją pochodzącą od SMI INC w Miami badaniom powinny być poddawane wszystkie środki do odladzania ze wskazaniem miejsca produkcji, a także w przypadku gdy takie miejsce produkcji ulega zmianie. Sprzeczność wynikająca z faktu nieprawidłowego oznaczania produktów, miejsca ich produkcji i pochodzenia wskazują, iż mamy do czynienia z fałszywym i oszukańczym oznaczeniem geograficznym informującym o pochodzeniu towaru.

Wykonawca KASTELL naruszył też art. 10 uznk, poprzez oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Przepis ten znajduje zastosowanie do wprowadzania w błąd co do pochodzenia komercyjnego towarów lub usług (tak również: M. Kępiński, I. Wiszniewska (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, red. J. Szwaja, 1994, s. 366; odmiennie E. Nowińska, M. du Vail, *Komentarz...*, 2008, s. 124). Komercyjne pochodzenie towaru lub usługi implikuje zaś nie tyle fakt wytworzenia danego produktu w konkretnym przedsiębiorstwie, ile gwarancję, że wszystkie towary lub usługi oznaczone danym oznaczeniem zostały wytworzone pod kontrolą jednego przedsiębiorcy, któremu można przypisać odpowiedzialność za ich jakość (zob. orzeczenie ETS z dnia 17 października 1990 r. w sprawie C-10/89 SA CNL-SUCAL NV v. HAG GF AG, pkt 28

6

orzeczenia ETS z dnia 29 września 1998 r. w sprawie C-39/97 Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc.

Dla Zamawiającego powinno być istotne, kto jest producentem środków do odladzania i gdzie je wytwarza, gdyż ma to wpływ na odpowiedzialność za produkt wobec osób trzecich i jego jakość. Dokumenty stanowiące część składową oferty KASTELL wskazują, iż to firma EIFFEL GROUP jest producentem i produkuje środki odlodzeniowe we Francji. W rzeczywistości zaś wprowadza Zamawiającego w błąd.

Odwolujący wniósł o przesłuchanie świadków na okoliczność wyjaśnienia faktu, gdzie produkowane są oferowane środki i czy oferowane środki rzeczywiście spełniają normy wymagane przez prawo i przez Zamawiającego. Wydaje się, że absolutnie nie jest wystarczającym przedstawienie dokumentów SMI w Miami wystawionych na firmy handlowe - jak wskazują przepisy - normy te mają być spełnione przez środki produkowane w konkretnych miejscach, na konkretnych instalacjach - dopiero to zapewnia o ich jakości. Z pewnością produkcja taka nie jest prowadzona przez EIFFEL w Metz czy Paryżu we Francji.

Wykonawca KASTELL w dniu 8 sierpnia 2016 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wyjaśnił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego skład chemiczny odnosiło się faktycznie do płynu Provifrost KF ECO, gdyż informacja taka znajdowała się w tłumaczeniu raportu z badań złożonego w ofercie. Przystępujący jedynie z ostrożności dołączył dokument zawierający informację nt. składu chemicznego granulatu Ecoway SF, gdyż dokument ten w języku oryginału i w tłumaczeniu na język polski został złożony w ofercie. Przystępujący w ramach uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złożył protokół z badania płynu Provifrost KF ECO z dnia 2 listopada 2015 r. oraz protokół z badania granulatu Ecoway SF z dnia 6 lutego 2015 r. wykonanych przez SMI Inc. w Miami (USA).

Przystępujący wyjaśnił, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, na potwierdzenie których złożył wymagane dokumenty. Nie posiłkował się przy tym zasobami innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. Potwierdził, że złożył w ofercie zobowiązanie Eiffel Group France w Paryżu, jednak nie jest to dokument składany w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Dokument ten został złożony wyłącznie w celach informacyjnych i stanowił rodzaj zapewnienia Zamawiającego, że wykonawca jest zdolny do wykonania

zamówienia na podstawie umowy dystrybucji zawartej z Eiffel Group. Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał wskazania producenta oferowanych środków. Ewentualna prawidłowość wskazania producenta lub jego brak pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty. Przystępujący wyjaśnił także, że laboratorium SMI w Miami nie weryfikuje

7

podmiotu, który występuje o przeprowadzenie badań i wydanie certyfikatu. W treści raportu wskazano jedynie adres siedziby podmiotu, na rzecz którego wystawiono raport z badań. W żadnym miejscu tego dokumentu nie wskazano nazwy producenta lub miejsca produkcji. Ponadto, Zamawiający nie oceniał pochodzenia produktów, co potwierdza, że jest to kwestia bez znaczenia w tym postępowaniu.

W dniu 16 sierpnia 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że nie stawiał w SIWZ wymogów co do miejsca produkcji środków do odladzania. Zamawiający potwierdził, że przy pierwotnej ocenie ofert przeoczył brak dokumentu źródłowego – raportu z badań, a jedynie jego tłumaczenie. Dokument ten został uzupełniony przez wykonawcę na wezwanie z dnia 11 lipca 2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 19 lipca 2016 r.

W zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że wykonawca KASTELL wykazał spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt V lit.A ppkt 3 SIWZ, przedstawiając wykonanie dostawy o wymaganej wartości z potwierdzeniem należytego jej wykonania (str. 75 i 16 oferty). Wykonawca spełnił zatem warunek samodzielnie bez konieczności posługiwania się zasobami podmiotów trzecich. Zarzut w tym zakresie jest całkowicie bezzasadny.

Zamawiający wyjaśnił, iż jego obowiązkiem jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, które są wymagane w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Zamawiający podniósł również, że zarzut, iż złożenie oferty przez KASTELL stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie został przez Odwołującego udowodniony. Z treści uzupełnionych przez KASTELL dokumentów – raportu z badań wraz z tłumaczeniem – nie wynika, że granulat poddany badaniom został wyprodukowany w Metz. Nazwa ta występuje jedynie na stronie pierwszej ww. raportu w adresie podmiotu, na rzecz którego raport został wystawiony. Dokument ten nie zawiera żadnej informacji, w jakim miejscu granulat został wyprodukowany. Ponadto, informacja taka nie była wymagana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, gdyż nie ma ona dla Zamawiającego żadnego znaczenia. Dostawy muszą spełniać wymagania i parametry techniczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

8

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, w myśl art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę KASTELL Systemy Szczotek Przemysłowych J. P., P. M. Sp. z o.o., Sp.k. po stronie Zamawiającego, tj. zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp. Izba wzięła pod uwagę w tym miejscu, że Odwołujący złożył na rozprawie fragment kopii tłumaczenia dokumentu z dnia 6 lutego 2014 r. wystawionego przez SMI Inc. w Miami (USA) nr REF: 1311-177 na rzecz Eiffel Group w Metz (Francja), podnosząc nowy zarzut, który nie został zawarty w odwołaniu, że przedstawiony przez wykonawcę Raport z badań z dnia 6 lutego 2015 r. jest nieaktualny, gdyż został wydany ponad dwa lata wcześniej, podczas gdy zgodnie z właściwą normą, badania granulatu do odladzania należy powtarzać co najmniej raz na dwa lata. Izba uznała, że zarzut ten, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie może podlegać rozpoznaniu w ramach niniejszego

postępowania, gdyż nie został przedstawiony w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę KASTELL, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.

Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny. Odwołujący wywodził zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z niespełnienia przez wykonawcę KASTELL warunków udziału w postępowaniu. W toku rozprawy Odwołujący przyznał jednak, że ww. wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia (pkt V lit.A pkt 2 SIWZ), poprzez przedstawienie w ofercie wykonanej dostawy o odpowiedniej wartości, zrealizowanej samodzielnie przez tego wykonawcę (Wykaz dostaw – str. 16 oferty, poświadczenie należytego wykonania – str. 76 oferty). Wobec powyższego, w celu wykazania spełniania tego warunku wykonawca KASTELL nie miał jakiegokolwiek potrzeby korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Potwierdza to w sposób niewątpliwy, że zobowiązanie firmy Eiffel Group France złożone w ofercie wykonawcy KASTELL, niezależnie od jego treści, nie miało i nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia dla oceny, że wykonawca KASTELL wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podnosił także niespełnienie przez wykonawcę KASTELL warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego potencjału technicznego

9

i osób zdolnych do realizacji zamówienia. Zamawiający odniósł się do tego warunku w pkt V lit.A pkt 3 SIWZ. Jak jednoznacznie wynika z treści tego postanowienia, Zamawiający nie sprecyzował tego warunku w SIWZ sposób szczegółowy – pozostając jedynie przy brzmieniu blankietowym, wynikającym z treści przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający wymagał potwierdzenia spełniania tego warunku, poprzez złożenie przez wykonawcę oświadczenia o jego spełnianiu. Fakt złożenia stosownego oświadczenia przez wykonawcę KASTELL nie był kwestionowany przez Odwołującego.

Z powyższego wynika, że również w zakresie wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca KASTELL wykazał spełnienie warunku zgodnie z wymaganiami SIWZ i wobec tego nie miał potrzeby korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, który miałby udostępniać mu swoje zasoby w celu wykazania spełniania tego warunku udziału w postępowaniu. Złożone zatem w ofercie KASTELL „zobowiązanie” firmy Eiffel Group France także nie miało żadnego znaczenia dla oceny spełniania przez wykonawcę KASTELL warunku dotyczącego posiadanego potencjału technicznego i osobowego.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w SIWZ zostały przez wykonawcę KASTELL wykazane, wobec czego wykonawca ten nie podlega wykluczeniu. Nie ma też żadnych podstaw do kwestionowania tego faktu w oparciu o oświadczenie (zobowiązanie) firmy Eiffel Group SA, które zostało złożone przez wykonawcę KASTELL bez jakiegokolwiek związku z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Dokument „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” na rzecz wykonawcy KASTELL wystawiony został w Paryżu w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez podmiot EIFFEL GROUP France z siedzibą w Paryżu. Z treści tego dokumentu wynika, iż firma EIFFEL GROUP udostępniła wykonawcy KASTELL swoje zasoby niezbędne do wykonania zamówienia między innymi w ten sposób, iż jako producent granulatu będzie brała udział w realizacji zamówienia, zaś wykonawca KASTELL będzie dystrybutorem granulatu na podstawie odrębnej umowy dystrybucyjnej. Należy zauważyć, że oświadczenie z dnia 14 kwietnia 2016 r. o identycznej treści zostało złożone w ofercie KASTELL również przez firmę Provifrost KF ECO. Treść obu „zobowiązań” została opracowana według tego samego wzorca.

Izba stwierdziła, że ww. dokument „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy KASTELL swoich zasobów przez firmę Eiffel Group [...]” w postaci granulatu nie był wymagany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Został on złożony

należy podkreślić, że jego złożenie nie miało na celu wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż jak już wskazano powyżej, warunek ten nie został w ogóle sprecyzowany przez Zamawiającego w SIWZ. Dokument powyższy zawarty w ofercie KASTELL nie może być zatem oceniany w kontekście art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż nie pełni on roli dokumentu złożonego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak wyjaśnił Przystępujący, dokument ten złożony został wyłącznie w celach informacyjnych.

Podkreślić także należy, że Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie producenta granulatu, ani jakichkolwiek innych środków odladzających. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że pochodzenie oferowanego produktu (w tym - granulatu) nie ma żadnego znaczenia w niniejszym postępowaniu, gdyż to odpowiednie właściwości granulatu mają istotne znaczenie, bez względu na miejsce jego wyprodukowania. Właściwości granulatu miały zostać natomiast potwierdzone wynikami badań wykonanych przez akredytowane laboratorium. W tym zakresie wykonawca KASTELL złożył wymagane dokumenty (tłumaczenie w ofercie, właściwy dokument źródłowy – w ramach uzupełnienia z dnia 19 lipca 2016 r.). Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ (załącznik nr 9 Wzór umowy - §7) przewidziano dodatkowe sprawdzenie właściwości dostarczanego granulatu przed dokonaniem zapłaty za dostawy, poprzez wykonanie dodatkowych badań dostarczonego produktu w Instytucie Technicznym Wojsk Lotniczych. Informacja na temat producenta środków odlodzeniowych lub jej brak w ofercie nie miała zatem żadnego znaczenia dla oceny oferty, w tym w szczególności w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż żadne wymagania w tym zakresie w SIWZ nie zostały określone.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący podnosił także, że wykonawca KASTELL nie złożył w ofercie dokumentu potwierdzającego wyniki badań oferowanego granulatu, zgodnie z wymogami Rozdziału VI lit.D SIWZ, gdzie Zamawiający określił zakres wymaganych badań i dokumentów potwierdzających wyniki badań dla środków odlodzeniowych w celu wykazania, że oferowane środki spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie jakości.

Wykonawca KASTELL faktycznie w ofercie nie przedstawił dokumentu (oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem) z dnia 6 lutego 2016 r. z wynikami badań środka ECOWAY SF wykonanych w Instytucie SMI w Miami, a jedynie jego tłumaczenie na język polski. Dokument taki został jednak prawidłowo uzupełniony przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 lipca 2016 r., dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Stwierdzić należy przy tym, że raport z wykonanych badań produktu, wymagany w celu potwierdzenia wymagań jakościowych przedmiotu zamówienia, jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, który w przypadku braku jego złożenia w ofercie lub gdy zawiera on błędy lub braki podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W takim

przypadku zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takiego dokumentu. Działanie Zamawiającego w powyższym zakresie w badanym postępowaniu było w pełni uprawnione.

W wezwaniu z dnia 11 lipca 2016 r. Zamawiający wskazał, że dla płynu Provifrost KF ECO załączono w ofercie tłumaczenie na język polski dokumentu z dnia 2 listopada 2015 r. potwierdzone za zgodność z oryginałem, a dla granulatu ECOWAY SF tłumaczenie na język polski dokumentu z dnia 6 lutego 2015 r., które to tłumaczenia nie mogą być uznane za dokumenty wymagane przez Zamawiającego w rozdz.VI lit.D pkt 6 i 7 oraz pkt 8 SIWZ. Zamawiający wezwał zatem do uzupełnienia dokumentów we właściwej formie, tj. kopii dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem wraz z tłumaczeniem na język polski w terminie do 15 lipca 2016 r. następnie na wniosek wykonawcy, termin ten został przedłużony do dnia 19 lipca 2016 r.

Zarzut, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nadużył swojego uprawnienia w tym zakresie jest bezpodstawny. Wyznaczenie dodatkowego terminu (przedłużenie terminu) na uzupełnienie dokumentów, na wniosek wykonawcy, stanowi uprawnienie Zamawiającego i jeśli nie narusza to art. 7 ust. 1 Pzp, to jest w pełni prawidłowe i dopuszczalne. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał,

że Zamawiający nadużył swojego uprawnienia lub naruszył swoim działaniem zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut, iż w piśmie z dnia 19.07.2016 r. wykonawca KASTELL przedłożył dokument w języku angielskim zawierający opis składu chemicznego oferowanego granulatu - bez tłumaczenia na język polski, nie potwierdził się. Wykonawca KASTELL wyjaśnił kwestię uzupełnionej informacji o składzie chemicznym, która została przedłożona w ofercie w języku polskim i wymagała uzupełnienia jedynie w części.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż oferta złożona przez firmę KASTELL stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp, oferta podlega odrzuceniu, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący podnosił, że wykonawca KASTELL naruszył dyspozycję art. 8 u.z.n.k., „gdyż przedłożone niektóre dokumenty potwierdzające niejako prawo do występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia są oznaczone w sposób nieprawidłowy”. W szczególności Odwołujący wskazywał na raport z dnia 6 lutego 2015 r. z badań środków stałych (granulatu), wykonane przez SMI w Miami - na zgodność oferowanych środków z normami AMS 1431, wystawiony dla EIFFEL GROUP S.A. Metz,

12

który zdaniem Odwołującego wskazuje na fałszywe lub oszukańcze oznaczenie geograficzne produktu ECOWAY SF.

Zgodnie z brzmieniem art. 8 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest opatrywanie towarów lub usług fałszywym lub oszukańczym oznaczeniem geograficznym wskazującym bezpośrednio albo pośrednio na kraj, region lub miejscowość ich pochodzenia albo używanie takiego oznaczenia w działalności handlowej, reklamie, listach handlowych, rachunkach lub innych dokumentach. Oznaczenia geograficzne to wszelkiego rodzaju odniesienia wskazujące bezpośrednio lub pośrednio kraj, region lub miejscowość pochodzenia towaru lub usługi.

Izba ustaliła, że kwestionowany przez Odwołującego ww. dokument złożony w ofercie (uzupełniony przy piśmie z dnia 19 lipca 2016 r.) nie zawiera żadnej informacji, która wskazuje miejsce produkcji granulatu ECOWAY SF, którego dotyczy dany raport (w szczególności - miejscowości Metz we Francji). We wskazanym dokumencie miejscowość Metz została jedynie podana jako miejsce siedziby ww. firmy - adresata raportu z badań. Powyższe nie może być utożsamiane z faktem, że ww. firma jest producentem granulatu lub też z faktem, że miejsce siedziby ww. firmy jest miejscem produkcji granulatu. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że raport z badań granulatu jest wystawiany wyłącznie dla producenta, a wręcz przeciwnie, stwierdził na rozprawie, że zlecenie badań środka odlodzeniowego może być dokonane przez każdy podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem wyników takich badań, niezależnie od tego czy jest on producentem czy też nie. Powyższe potwierdza także treść pisma firmy SMI Inc. w Miami z dnia 27.06.2016 r. Oświadczenie SMI Inc. w Miami nie wyklucza możliwości wykonania badań na zlecenie podmiotu, który nie jest producentem. SMI Inc. wskazało, że specyfikacje środków do odladzania i zapobiegających oblodzeniu powierzchni samolotów przewidują „Badania odbiorcze partii”, w ramach których dla każdej partii badane są takie parametry jak współczynnik załamania światła, temperatura krzepnięcia, lepkość, zawartość wody, temperatura zapłonu, zawartość chlorków, pH i ciężar właściwy. Takie badania przewidział również Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. W ww. piśmie wskazano również, że adres poddany w protokole z badań nie zawsze musi być adresem zakładu produkcyjnego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków - przedstawicieli wykonawcy KASTELL i EIFFEL GROUP FRANCE na okoliczność wyjaśnienia, gdzie produkowane są oferowane środki i czy oferowane środki rzeczywiście spełniają normy wymagane przez prawo i przez Zamawiającego. Odwołujący nie sprecyzował tezy dowodowej we wskazanym zakresie, w szczególności nie wskazał konkretnych okoliczności i faktów, które miałyby zostać wykazane za pomocą zeznań świadków. Wskazanie miejsca produkcji oferowanych środków odlodzeniowych nie było

13

wymagane w przedmiotowym postępowaniu, a zatem okoliczność ta nie miała istotnego znaczenia przy ocenie treści oferty. Pozostałe okoliczności – tj. czy oferowane środki rzeczywiście spełniają normy wymagane przez prawo i przez Zamawiającego, w zakresie wymaganym w przedmiotowym postępowaniu zostały wykazane za pomocą złożonych dokumentów w postępowaniu przed Zamawiającym.

W zakresie zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 10 u.z.n.k., poprzez takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich, tj. wprowadzania w błąd co do pochodzenia komercyjnego towarów lub usług, Izba uznała zarzut również za niezasadny.

Odwolujący podnosił w tym miejscu, że dla Zamawiającego powinno być istotne, kto jest producentem środków od odladzania i gdzie je wytwarza, gdyż ma to wpływ na odpowiedzialność za produkt wobec osób trzecich i jego jakość. Jest to postulat, który powinien być zgłoszony Zamawiającemu na etapie formułowania (ogłoszenia) treści SIWZ. Na obecnym etapie – oceny ofert – zmiana wymagań przez Zamawiającego zawartych w SIWZ jest niedopuszczalna. Ponadto, jak wskazano powyżej - dokument złożony w ofercie przez wykonawcę KASTELL - raport z badań granulatu ECOWAY SF z dnia 6 lutego 2015 r. nie potwierdza tezy Odwołującego, iż firma EIFFEL GROUP wskazała siebie jako producenta ww. środka, który jest produkowany we Francji (w Metz). Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że dokument ten wprowadza Zamawiającego w błąd co do prawidłowego oznaczenia miejsca pochodzenia i wytworzenia oferowanego produktu. Zawarcie zaś określenia EIFFEL GROUP jako „producenta” w treści zobowiązania ww. podmiotu z dnia 11 kwietnia 2016 r. nie dowodzi działania wykonawcy KASTELL, polegającego na oznaczeniu granulatu, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia tego produktu. Zobowiązanie zostało złożone przez firmę EIFFEL GROUP, która ponosi odpowiedzialność za jego treść. Czyn, o którym mowa w art. 10 u.z.n.k. może być popełniony tylko przez tego przedsiębiorcę, który dokonuje oznaczenia produktu. W tym przypadku, nawet gdyby uznać, że EIFFEL GROUP nie jest producentem granulatu ECOWAY SF, to nie można przypisać takiego działania wykonawcy KASTELL.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

14

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

15