

Sygn. akt: KIO 2601/23

WYROK
z dnia 20 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę: **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Kliniczny im. dr. J. Babińskiego SPZOZ w Krakowie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Szpitala Klinicznego im. dr. J. Babińskiego SPZOZ w Krakowie kwotę 912 zł 00 gr (słownie: dziewięćset dwanaście złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, uiszczoną opłatą skarbową za pełnomocnictwo i wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 2023 r. poz. 1605, 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 2601/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. dr. J. Babińskiego SPZOZ w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), (zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”), na realizację zadania pn.: *Dostawa wyposażenia inwestycyjnego – mebli, sprzętu AGD i RTV oraz wyposażenia uzupełniającego*, numer referencyjny: ZP-25/23.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 czerwca 2023 roku, numer 2023/BZP 00269703. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 września 2023 roku wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie pakietu I, pomimo iż nie jest ona niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ;
- 2) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie pakietu I, w sytuacji, w której nie wystąpiły przesłanki zastosowania tego przepisu, a to wobec niezgodnego z prawem odrzucenia oferty odwołującego w zakresie tej części.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności unieważnienia postępowania w pakiecie I,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie I,
- 3) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w pakiecie I, z uwzględnieniem oferty

odwołującego,

4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w pakiecie I.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 29.08.2023 r. zamawiający przekazał mu zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Czynności te – w ocenie odwołującego - zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, mającym istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zarzucał mu rzekomy brak skonkretyzowania przedmiotu zamówienia i brak możliwości wskazania odwołującego, jako producenta towarów w pakiecie I, poz. 45-60. Odwołujący wywodził, że zamawiający opiera swoje stanowisko o pismo wykonawcy ALNAG, w którym firma ta przedstawiła argumentację o rzekomej niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia, która miała wynikać z tego, że we wpisie odwołującego do KRS nie występuje kod PKD odpowiadający produkcji sprzętu AGD. Według odwołującego, zarzut tego rodzaju jest bezprzedmiotowy. W tym zakresie odwołujący powołał się na orzecznictwo, z którego wynika, że *„Brak oznaczenia w ewidencji działalności gospodarczej lub rejestrze przedmiotu działalności, którego dotyczy zamówienie publiczne, nie stoi na przeszkodzie wzięciu udziału w przetargu i udzieleniu zamówienia. Oznaczenie przedmiotu działalności, zgodne z przedmiotem zamówienia nie jest ustawowym warunkiem uczestnictwa w przetargu ani prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie, a ma jedynie charakter informacyjno-statystyczny.”* (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07, uchwała KIO z dnia 03.11.2010 r., KIO/KD 78/10). Odwołujący podkreślił, że podobnie irrelevantne są ustalenia zamawiającego o rzekomym braku informacji na ten temat na stronie internetowej odwołującego.

Dalej odwołujący wskazywał, że przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie jest niezwykle ogólne i nie wskazuje konkretnych, materialnych naruszeń, które mogłyby powodować to, że w razie wyboru oferty odwołującego zamawiający ryzykowałby otrzymaniem dostaw, które nie odpowiadają wymaganiom SWZ. Brak jest choćby jednego towaru, jednej pozycji asortymentu, dla której zamawiający stwierdziłby naruszenie konkretnego wymogu SWZ, w szczególności w obszarze wymagań funkcjonalnych czy technicznych ujętych w SWZ. Dlatego też – zdaniem odwołującego - czynność zamawiającego narusza art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił także, że w SWZ zamawiający nie określił żadnych wymagań względem sposobu sformułowania oferty czy środków dowodowych, które miałyby być poddawane badaniu i ocenie przez zamawiającego w toku postępowania. Zamawiający nie wymagał ani przedstawiania parametrów technicznych i funkcjonalności oferowanych towarów w ofercie, ani też nie żądał dla ich potwierdzenia składania przedmiotowych środków dowodowych (sekcja IV SWZ). Ponadto, zamawiający zaniechał sformułowania w SWZ procedury weryfikacji zgodności poszczególnych pozycji asortymentowych np. pod kątem ich parametrów technicznych, pozostawiając to zagadnienie wyłącznie rozeznaniu wykonawców. Odpowiedzialność za dochowanie tych wymogów spadała na wykonawców, ale weryfikacja i uzgodnienie konkretnych rozwiązań zostało przez zamawiającego przeniesione na etap realizacji zamówienia. Odwołujący stwierdził, iż w tym kontekście wymogowi podania w formularzu cenowym dla pakietu I (poz. 45-60) producenta i typu/modelu danego towaru nie przypisano żadnego konkretnego znaczenia normatywnego w postępowaniu. Odwołujący powołał się na treść postanowienia § 1a ust. 1 wzoru umowy dla pakietu I (załącznik nr 4 do SWZ), zgodnie z którym:

„Wykonawca przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu umowy zobowiązany jest do uzgodnienia z Zamawiającym i przedstawienia mu do akceptacji wszystkich elementów Wyposażenia wymienionego w Formularzu cenowym (załącznik nr 1 do umowy), w szczególności próbek materiałów, które Wykonawca zamierza zastosować do wykonania Wyposażenia, kolorystyki Wyposażenia, rodzaju okuć, rodzaju przewodnic, elementów wykończenia (np. uchwyty, zamki, listwy wykończeniowe, itp.), w terminie umożliwiającym prawidłową realizację przedmiotu umowy przez Wykonawcę.”

Według odwołującego, zgodnie treścią ww. postanowienia zamawiający ustanowił zasadę weryfikacji i akceptacji konkretnych proponowanych przez wykonawcę materiałów i towarów na etapie realizacji umowy. Wyposażenie wskazane w ofercie (formularzu cenowym) miało być przedstawiane do akceptacji zamawiającego po podpisaniu umowy. Natomiast akceptacja, zgodnie z definicjami językowymi i w kontekście, w jakim zostało sformułowane postanowienie § 1a ust. 1 wzoru umowy (załącznik 4 do SWZ) oznacza „aprobatę”, a także „uznanie czyichś cech, czyjegoś postępowania za zgodne z oczekiwaniami”. Odwołujący podkreślił, że skoro SWZ przesunęła akceptację rozwiązań materiałowych czy asortymentowych na etap realizacji, to nie można czynić odwołującemu zarzutu rzekomo niewłaściwego określenia danych w tym zakresie w ofercie. Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający usiłuje wywodzić powyższe z rzekomego braku możliwości weryfikacji sprzętu AGD względem wymagań określonych w specyfikacji, gdy tymczasem zamawiający nie przewidział w SWZ konieczności weryfikacji oferowanych towarów na etapie postępowania, a w świetle postanowień SWZ weryfikacja taka może i powinna być przeprowadzona podczas

realizacji zamówienia. Odwołujący podnosił, że brak w tym postępowaniu ustalenia wymagań związanych z weryfikacją ofert w sposób inny, niż w oparciu o samą ich treść, czy też brak żądania złożenia dla towarów konkretnych przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie określił także wymogu, aby oferowane towary były ujęte w dostępnych dla zamawiającego katalogach czy Internecie.

Odwołujący następnie wskazywał, że zgodnie z orzecznictwem Izby, zamawiający może czynić zarzut, że oznaczenie towaru w ofercie powoduje brak możliwości wyszukania informacji na temat poszczególnych towarów wyłącznie, jeśli przewidzi tego rodzaju wymóg w SWZ. Natomiast, jeśli tego rodzaju wymóg nie został określony, to zamawiający nie może z tego powodu czynić wykonawcy zarzutu. To, że ewentualnie towary nie poddają się weryfikacji według kryterium, które nie było ustalone w SWZ, nie może być uznane za niezgodność z warunkami zamówienia (wyrok KIO z dnia 18.11.2022 r., KIO 2888/22).

Odwołujący także podnosił, że nie jest także zasadny argument zamawiającego, który wywodzi rzekomy brak możliwości oznaczenia towarów z pozycji 45-60 formularza cenowego z art. 449¹ § 1 k.c., gdyż przepis ten ustanawia szczególnie rodzaj odpowiedzialności odszkodowawczej deliktowej, na zasadzie ryzyka. Przyjęta w art. 449¹ § 1 k.c. definicja służy jedynie określeniu zakresu podmiotowej odpowiedzialności danego podmiotu prawa cywilnego za szkodę doznaną przez nabywcę, natomiast nie stanowi ona definicji legalnej na potrzeby ustalania tego, kto jest lub może być określany jako producent w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie została także implikowana przez zamawiającego do postanowień SWZ. Dlatego – zdaniem odwołującego - zamawiający nie może się na nią powoływać i to w sposób wyrywkowy.

Odwołujący ponadto podkreślił, że definicja producenta jest znacznie węższa w polskim k.c. w stosunku do treści dyrektywy 85/374/EWG, która w art. 3 ust. 1 i 2 wskazuje znacznie szersze rozumienie producenta na potrzeby uregulowania odpowiedzialności za produkt:

„1. "Producent" oznacza producenta produktu gotowego, producenta każdego surowca lub producenta części składowej i każdą osobę, która przedstawia się jako producent umieszczając swą nazwę, znak handlowy lub inną wyróżniającą cechę na produkcie.

2. Bez uszczerbku dla odpowiedzialności producenta każda osoba, która przywozi produkt do Wspólnoty w celu sprzedaży, najmu, leasingu albo jakiegokolwiek formy dystrybucji w toku swej działalności gospodarczej, uważana jest w rozumieniu niniejszej dyrektywy za producenta i odpowiada jak producent.”

Odwołujący wyjaśnił, że powyższe definicje pokrywają się z przywołanymi przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 11.08.2023 r. i 21.08.2023 r. definicjami producenta z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów. Wskazał też, że z tego względu, zachowując zgodność swojej oferty z wymaganiami SWZ, mógł zastosować swoje oznaczenie towarów oferowanych. Oznaczenia takie odnoszą się zarówno do towarów, których odwołujący jest wytwórcą, jak i takich, które odwołujący pozyskuje na potrzeby przedmiotowego zamówienia od innych dostawców, gdzie oznaczenia przyjęte są na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Działanie takie – w ocenie odwołującego - jest zgodne z przepisami, m.in. z art. 3 pkt 2 lit. c ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów. W tym zakresie odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1013/18. Stwierdził, że przepisy te wskazują na to, iż wykonawca może mieć status producenta nawet w sytuacji, w której nie jest wytwórcą danego towaru.

Odwołujący podkreślił również, że sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może być stosowana wyłącznie w razie naruszenia przez wykonawcę jednoznacznego i konkretnego postanowienia SWZ. Zdaniem odwołującego, w niniejszym przypadku nie było takiego precyzyjnego i jednoznacznego postanowienia SWZ, które wykluczałoby możliwość sformułowania przez odwołującego oferty w opisany sposób, a zatem zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wobec odwołującego sankcji odrzucenia oferty. W takiej sytuacji wszelkie wątpliwości, czy wewnętrzne sprzeczności postanowień SWZ powinny być tłumaczone na korzyść odwołującego. Reasumując odwołujący stwierdził, że z tego powodu także w tym zakresie decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie pakietu nr I była dokonana z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, mającym istotny wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego bezpodstawnego unieważnienia postępowania w pakiecie nr I odwołujący wskazywał, że unieważnienie postępowania w pakiecie nr I nastąpiło na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. Odwołujący podniósł, że wobec bezpodstawności odrzucenia oferty odwołującego decyzja o unieważnieniu postępowania jest pozbawiona podstaw prawnych i została dokonana z naruszeniem art. 255 pkt 2 Pzp, mającym istotny wpływ na wynik postępowania.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił, jak we wstępie.

Pismem z dnia 6 września 2023 r. B. W., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W. zgłosiła

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 19 września 2023 roku zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu B. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego podnosząc, iż podmiot ten nie ma aktualnie statusu wykonawcy. Odwołujący wskazywał, że oferta wykonawcy B. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W., została prawomocnie odrzucona w dniu 26 lipca 2023 roku, przy czym podmiot ten nie złożył skutecznego środka ochrony prawnej wobec odrzucenia, a tym samym utracił status wykonawcy w tym postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że środki ochrony prawnej, w tym prawo zgłoszenia przystąpienia, przysługują tylko i wyłącznie wykonawcy. Ponadto, odwołujący wskazywał, że zgłaszająca przystąpienie nie wykazała swojego interesu w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia, bowiem swój interes upatrywała w tym, że zamawiający postępuje zgodnie z ustawą Pzp, gospodarując środkami publicznymi, nie jest to jednak interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego w rozumieniu przepisów Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 526 ust. 3 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu B. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w pełni podzielając argumentację odwołującego. Skoro, oferta Pani B. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W., została odrzucona w dniu 26 lipca 2023 roku i od czynności tej nie wniesiono odwołania (co potwierdził zamawiający w toku posiedzenia), to uznać należy, że Pani B. W., utraciła status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym nie jest podmiotem uprawnionym do zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego. Zgodnie bowiem z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp tylko wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgodnie zaś z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, zgłaszająca przystąpienie, swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego upatrywała w tym, że: „*bowiem, Zamawiający postępuje zgodnie z ustawą PZP gospodarując środkami publicznymi*”. Słusznie zauważył odwołujący, że nie tak należy rozumieć interes zgłaszającego przystąpienie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Z powyższych względów Izba postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego.

W dniu 28 września 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy w dniu 19 września 2023 roku strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III – Opis przedmiotu zamówienia - Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) zamawiający podał, że:

1. *Przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia w zakresie dostawy wyposażenia inwestycyjnego do pomieszczeń oddziału szpitalnego zlokalizowanego na I piętrze w budynku nr 102 Szpitala Klinicznego im. dr. J. Babińskiego SP ZOZ w Krakowie, w zakresie mebli (w tym mebli na wymiar), sprzętu AGD i RTV oraz wyposażenia uzupełniającego.*
2. *Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie, dostawę i montaż przedmiotu zamówienia i zostanie zrealizowany zgodnie z asortymentem określonym szczegółowo w ramach:*
 - *Pakietu I — Meble i sprzęt AGD (załącznik nr 1.1 do SWZ)*
 - *Pakietu II — Sprzęt RTV (załącznik nr 1.2 do SWZ),*
 - *Pakietu III — Wyposażenie uzupełniające (załącznik nr 1.3 do SWZ), stanowiących jednocześnie Formularze cenowe, na podstawie wytycznych Zamawiającego określonych w dokumentacji projektowej pn.: „Aranżacja wnętrz i wyposażenie pomieszczeń piętra I w budynku szpitalnym nr 102 zlokalizowanym na terenie Szpitala Klinicznego im. dr. J. Babińskiego SP ZOZ w Krakowie” wraz z rysunkami technicznymi autorstwa Biura Projektów P. W. z siedzibą w Krakowie, która stanowi załącznik do niniejszej SWZ. Ponadto przedmiot zamówienia zrealizowany zostanie zgodnie z wymaganiami i ustaleniami z Zamawiającym, a także zgodnie z zapisami projektów umów — załączników nr 4 - 6 do SWZ.*

W sekcji VIII SWZ Informacja o podmiotowych i przedmiotowych środkach dowodowych w punkcie 2 zamawiający wskazał, że nie wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

W załączniku nr 1.1. do SWZ – Formularz Cenowy– Pakiet I - Meble i sprzęt AGD zamawiający w ostatniej kolumnie tabeli zatytułowanej „Nazwa producenta i typ/model wyposażenia” wymagał podania dla pozycji od 45 do 50 informacji w tym zakresie. Pozycje te dotyczą sprzętu AGD, podczas gdy pozostałe pozycje dotyczą mebli.

W Formularzu Cenowym – Pakiet I Meble i sprzęt AGD załączonym do oferty w pozycjach od 45 do 50 w kolumnie „Nazwa producenta i typ/model wyposażenia”, odwołujący podał: „TRONUS” oraz poszczególne oznaczenia, przykładowo:

„TRONUS, TR-916940”, „TRONUS, TR-585026”, „TRONUS, TR-426662”.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2023 roku zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w następującym zakresie:

- „1) Czy wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. jest producentem wszystkich artykułów zaoferowanych Zamawiającemu w pozycjach: 45 — 60 Formularza cenowego stanowiącego element oferty wykonawcy z dnia 23.06.2023 r.? Proszę o uzasadnienie udzielonej odpowiedzi w szczególności poprzez wskazanie jakie czynności faktyczne wykonuje Tronus Sp. z o.o. celem sprzedaży ww. wyposażenia.
- 2) Z uwagi na funkcjonujące w przepisach powszechnie obowiązującego prawa różne definicje producenta, Zamawiający prosi o wskazanie podstawy prawnej z jakiej wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. wywodzi swój status jako producenta wszystkich artykułów zaoferowanych Zamawiającemu w pozycjach: 45 — 60 Formularza cenowego.
- 3) Czy na rynku jest dostępny każdy artykuł producenta TRONUS zaoferowany Zamawiającemu w pozycjach: 45 — 60 Formularza cenowego?
- 4) Na jakiej zasadzie na rynku jest dostępny każdy artykuł producenta TRONUS zaoferowany Zamawiającemu w pozycjach: 45 — 60 Formularza cenowego?”.

W piśmie z dnia 11 sierpnia 2023 roku odwołujący wskazywał, że:

- „1. Wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. jest producentem wszystkich zaoferowanych Zamawiającemu w pozycjach 45-60 formularza cenowego stanowiącego element oferty z dnia 23.06.2023 r. Zgodnie z polskim prawem, określenie „producent” nie jest wyłącznie zarezerwowane dla firm posiadających własne fabryki lub zakłady produkcyjne. Istotne jest spełnienie odpowiednich kryteriów i zadań związanych z procesem produkcji, w tym odpowiedzialność za jakość i zgodność wyrobu z wymaganiami prawidłowego funkcjonowania. W świetle tego, nasza firma działająca jako importer, która odpowiada za proces przewozu, dystrybucji, a także za zapewnienie, że oferowany produkt spełnia wymogi bezpieczeństwa i jakości, ma prawo nazywać się producentem w kontekście odpowiedniego produktu. To umożliwia nam pełne zaangażowanie w procesie dostarczania produktu na rynek, zachowując odpowiednie standardy jakościowe i zgodność z przepisami prawa.
2. Wykonawca Tonus Polska Sp. z o.o. wywodzi swój status jako producenta z art. 3 pkt 2) ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz.U. z 2021 r. poz. 222).
3. Na rynku dostępny jest każdy artykuł producenta TRONUS zaoferowany Zamawiającemu w pozycjach 45-60 formularza cenowego jednak wyłącznie na zamówienie.
4. Jak wskazano w punkcie 3 – każdy artykuł producenta TRONUS dostępny jest na rynku na zamówienie.”.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2023 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego w Pakiecie I wskazując m.in., że:

„Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podstawa prawna: art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa PZP).

Wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. w poz. 45-60 Formularza cenowego dla Pakietu (załącznik nr 1.1 do SWZ) wskazał siebie jako producenta oferowanego Zamawiającemu sprzętu AGD tj. czajnika elektrycznego, ekspresu do kawy, kuchenki mikrofalowej (typ 1 i typ 2), lodówki z zamrażarką wolnostojącej, lodówki wolnostojącej, lodówki z zamrażarką w zabudowie, lodówki w zabudowie, okapu podszafrkowego, okapu przyściennego, płyty grzewczej indukcyjnej, piekarnika do zabudowy, pralno-wirówki, wanny do wody, zmywarko-wyparzarki gastronomicznej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa PZP nie zawiera definicji producenta, dlatego w tym zakresie należy — zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy PZP — odwołać się do przepisów Kodeksu cywilnego. Na podstawie art. 449 § 1 Kodeksu cywilnego, producentem jest każdy, kto wytwarza w zakresie swojej działalności gospodarczej produkt finalny. W związku z powyższym na gruncie Kodeksu cywilnego nie można uznać, że Tronus Polska Sp. z o.o. jest producentem asortymentu oferowanego Zamawiającemu w poz. 45 — 60 Formularza cenowego.

Zamawiający podkreśla, że treść Formularza cenowego dla pozycji: 45 — 60 w zakresie kolumny nr 1 1 pn. Nazwa producenta i typ/model wyposażenia, jest dla Zamawiającego istotnym elementem treści oferty ze względu na konieczność zidentyfikowania oferowanego Zamawiającemu asortymentu i ustalenia zgodności treści oferty ze Specyfikacją Warunków Zamówienia tj. porównania oferowanych przez Wykonawcę artykułów z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Treść Formularza ofertowego Tronus Polska Sp. z o.o. w zakresie poz. 45 — 60 nie pozwala na ustalenie przez Zamawiającego jaki produkt został faktycznie zaoferowany, a w konsekwencji uniemożliwia Zamawiającemu jego weryfikację względem wymagań wskazanych w SWZ, ponieważ nie zawiera informacji o producencie sprzętu AGD będącego przedmiotem oferty Tronus Polska sp. z o.o.

Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty na Pakiet I, w poz. 45 — 60 Formularza ofertowego wskazali producenta i typ/model oferowanego sprzętu AGD w sposób umożliwiający zidentyfikowanie przez Zamawiającego oferowanych produktów oraz ustalenie ich zgodności z treścią SWZ na podstawie informacji, które są powszechnie dostępne na stronach internetowych producentów ww. asortymentu. Treść oferty złożonej przez Tronus Polska Sp. z o.o. w Pakiecie I nie daje Zamawiającemu takiej możliwości, przy czym trzeba zauważyć, że Zamawiający nie może opierać się na subiektywnych oświadczeniach podmiotu zainteresowanego w ich złożeniu. W dalszej kolejności Zamawiający wskazuje, że przyjęty przez Wykonawcę sposób działania polegający na tagowaniu urządzeń innych producentów swoim własnym znakiem handlowym został uznany przez Krajową Izbę Odwoławczą za czyn nieuczciwej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 318/22).

W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, że Tronus Polska Sp. z o.o. w poz. 45 — 60

Formularza cenowego wskazał siebie jako producenta asortymentu zaoferowanego Zamawiającemu, podczas gdy nie jest producentem powyższego asortymentu. Z tej przyczyny oferta nr 1 złożona przez Tronus Polska Sp. z o.o. w zakresie Pakietu I jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie. W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podnoszone przez odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie Pakietu I, pomimo iż nie jest ona niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający wymagał aby wykonawcy w Formularzu Cenowym – Pakiet I Meble i sprzęt AGD, stanowiącym załącznik nr 1.1. do SWZ, w pozycjach od 45 do 60 podali nazwę producenta i typ/model wyposażenia.

Odwołujący w Formularzu Cenowym w ww. pozycjach wskazał siebie jako producenta oferowanych urządzeń AGD („TRONUS”) i swoje własne oznaczenia („TR-916940”, „TR-585026”, „TR-426662”). W wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w toku postępowania wykonawca Tronus wskazywał, że wywodzi swój status producenta z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 roku o ogólnym bezpieczeństwie produktów. Wyjaśnił, że zgodnie z polskim prawem, określenie „producent” nie jest wyłącznie zarezerwowane dla firm posiadających własne fabryki lub zakłady produkcyjne i wskazywał, że działając jako importer, który odpowiada za proces przewozu, dystrybucji, a także za zapewnienie, że oferowany produkt spełnia wymogi bezpieczeństwa i jakości, to ma prawo nazywać się producentem w kontekście odpowiedniego produktu. Zapewnił także, że oferowane produkty w pozycjach 45-60 Formularza Cenowego są dostępne na rynku, jednak wyłącznie na zamówienie.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego podnosił m.in., że odwołujący wskazał siebie jako producenta oferowanego sprzętu AGD. Zamawiający odwołał się przy tym do definicji producenta, zawartej w art. 449¹ k.c. i stwierdził, że na gruncie k.c. nie można uznać, że odwołujący jest producentem oferowanego asortymentu. Zamawiający

podkreślił, że treść Formularza Cenowego dla pozycji: 45 — 60 w zakresie kolumny pn. *Nazwa producenta i typ/model wyposażenia*, jest dla niego istotnym elementem treści oferty ze względu na konieczność zidentyfikowania oferowanego zamawiającemu asortymentu i ustalenia zgodności treści oferty z SWZ, tj. porównania oferowanych przez wykonawcę artykułów z parametrami wymaganymi przez zamawiającego. Według zamawiającego, treść Formularza ofertowego Tronus Polska Sp. z o.o. w zakresie poz. 45 — 60 nie pozwala na ustalenie przez zamawiającego jaki produkt został faktycznie zaoferowany, a w konsekwencji uniemożliwia zamawiającemu jego weryfikację względem wymagań wskazanych w SWZ, ponieważ nie zawiera informacji o producencie sprzętu AGD będącego przedmiotem oferty Tronus Polska sp. z o.o.

Nie było sporne, że wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. (odwołujący) nie jest wytwórcą oferowanego sprzętu AGD w Pakiecie I.

Niewątpliwie zamawiający nie zawarł definicji producenta w SWZ. Takiej definicji nie zawiera także ustawa Pzp. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że poprzez ogólne odesłanie do przepisów ustawy Kodeks cywilny, wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, należałoby także przyjąć, że ustawa Pzp odsyła także w zakresie definicji „producenta” do przepisów tejże ustawy, w tym do przepisu art. 449¹.

Należy także zauważyć, iż na gruncie obowiązujących przepisów prawa występują różne definicje „producenta”, a jedną z nich jest przywołana w wyjaśnieniach odwołującego definicja wywodzona z ustawy z dnia 12 grudnia 2003 roku o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2021 r., poz. 222, ze zm.), a która w art. 3 pkt 2 definiuje producenta jako:

- a) *przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt,*
- b) *przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym,*
- c) *przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem.*

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że wymaganie zamawiającego dotyczące wskazania nazwy producenta oraz typu/modelu oferowanego sprzętu AGD, miało na celu właśnie identyfikację oferowanych urządzeń, co też zamawiający wskazywał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, stwierdzając, że sposób opisu oferty dokonany przez odwołującego uniemożliwia taką identyfikację. Stąd też należy posłużyć się tutaj definicją „producenta” w powszechnym tego słowa znaczeniu, rozumianego jako „*ten, kto wytwarza jakiś towar*” (definicja zawarta w Słowniku języka polskiego PWN), a wynikającą również z art. 3 pkt 2 lit. a) powołanej powyżej ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów czy z art. 449¹ k.c., gdzie producent rozumiany jest jako wytwórca określonego produktu.

W tym zakresie, należy też podzielić stanowisko zamawiającego, że treść Formularza ofertowego wykonawcy Tronus Polska Sp. z o.o. w zakresie poz. 45 — 60 nie pozwala na ustalenie przez zamawiającego jakie produkty zostały faktycznie zaoferowane, a przecież wymaganie podania nazwy producenta oraz modelu/typu oferowanego asortymentu służy konkretyzacji oferowanych produktów, która następnie może stanowić podstawę dla oceny zgodności treści złożonej oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym, nie negując okoliczności, że odwołujący może być też uznany za producenta w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawa, za przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem – co w ocenie Izby nie zostało ani potwierdzone, ani zaprzeczone stosownymi dowodami – uznać należy, że odwołujący nie przedstawił informacji w załączniku nr 1.1. do SWZ (Formularz Cenowy) w zakresie i w sposób wymagany przez zamawiającego dla pozycji od 45 do 60, a informacje te niewątpliwie tworzą treść oferty. W konsekwencji należy stwierdzić, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie Izba podkreśla, że nawet jeśli uznać, że zamawiający przeniósł na etap realizacji zamówienia proces akceptacji oferowanych produktów, na co powoływał się odwołujący, przywołując treść § 1a wzoru umowy (co zdaniem Izby dotyczy wyłącznie wyposażenia meblowego, na co wskazywał zamawiający), to i w takim przypadku nie wyłącza to konieczności przedstawienia w treści oferty informacji dotyczących nazwy producenta oraz modelu/typu

oferowanego sprzętu, zgodnie z wymaganiami opisanymi w SWZ. Nie wyłącza też możliwości weryfikacji oferowanych produktów - na etapie badania ofert – w zakresie spełniania wymagań określonych w SWZ.

Skoro, odrzucenie oferty odwołującego było w pełni uzasadnione, a ponadto w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający odrzucił także oferty pozostałych wykonawców, to bezzasadny jest także zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
- c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
- d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Izba, częściowo podzielając zastrzeżenia przedstawione przez pełnomocnika odwołującego do przedłożonego przez zamawiającego spisu kosztów, uwzględniła jedynie częściowo złożony przez zamawiającego wniosek kosztowy w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika (wnioskowana kwota - 1 827 zł), które zostało obliczone jako iloczyn stawki 87 zł brutto oraz liczby godzin pracy przeznaczonych na sporządzenie odpowiedzi na odwołanie (13 godzin) i udział w posiedzeniu (2 godziny).

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do negowania przyjętej wysokości stawki wynagrodzenia za 1 godzinę pracy (odwołujący nie wykazał, by była ona nierealna), natomiast brak jest podstaw do zwrotu kosztów wynagrodzenia związanego z przygotowaniem odpowiedzi na odwołanie, skoro została ona podpisana przez inną osobę, a pełnomocnik zamawiającego w żaden sposób nie wykazał, że faktycznie on był odpowiedzialny za przygotowanie odpowiedzi na odwołanie. Z kolei żądana kwota wynagrodzenia za udział w posiedzeniu, została ograniczona do kwoty 174 zł (tj. 2 godziny – faktyczny czas trwania posiedzenia i rozprawy x 87 zł - stawka za godzinę).

Co do opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (w kwocie 17 zł) zastrzeżeń nie było.

Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 912 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, uiszczoną opłatą skarbową za pełnomocnictwo i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: