

Sygn. akt: KIO 2562/12

**WYROK**  
z dnia 30 listopada 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2012 r. przez wykonawcę **WIKA Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Toszecka 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., 41 – 506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5,**

przy udziale wykonawcy **P..... S..... Agencja Handlowo-Uslugowa TRANZAX, 85 – 168 Bydgoszcz, ul. Ujejskiego 30** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **WIKA Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Toszecka 17, i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WIKA Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Toszecka 17** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **WIKA Sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Toszecka 17** na rzecz zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., 41 – 506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5** kwotę **3 597zł. 75 gr.** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - WIKĄ sp. z o.o. z Gliwic ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zm.) (ustawa Pzp) od czynności Zamawiającego - Tramwaje Śląskie S.A. Chorzów w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu pisemnego pn.: „Dostawa części i podzespołów podwozia wagonu 105N” w zakresie części 12. Zdaniem wykonawcy czynności zamawiającego podjęte w tym postępowaniu naruszają przepisy ustawy Pzp, a mianowicie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 oraz ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5, oraz art. 7 ust. 1 i ust. 2, a także art. 26 ust. 3 wskazanej ustawy Pzp. Wskazując na powyższe naruszenia wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego - wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 12 zamówienia;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 12 zamówienia oraz
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Stwierdził również, że (...) Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem dla części 12 zamówienia oferta Odwołującego w przypadku wykluczenia z postępowania „TRANZAX” P..... S..... będzie najkorzystniejszą. W uzasadnieniu wykonawca wskazał, że w dniu 14 listopada 2012 roku Zamawiający powiadomił uczestnika przedmiotowego postępowania prowadzonego w trybie przetargu pisemnego pn.: „Dostawa części i podzespołów podwozia wagonu 105 N” o wyborze oferty firmy TRANZAX P..... S..... z Bydgoszczy [dalej TRANZAX], jako najkorzystniejszej dla części nr 12, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonując wyboru oferty tego wykonawcy Zamawiający naruszył przepisy ustawy, albowiem wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a jego oferta nie spełnia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Z uwagi na powyższe okoliczności, wybrany wykonawca powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania stwierdził w szczególności, że wykonawca TRANZAX, składając ofertę na dostawę części i podzespołów podwozia wagonu 105N dla części 12, zaoferował

łożyska polskiej marki VTL, oświadczając niezgodnie z prawdą, iż jest ich producentem i w związku z czym nie dołączył certyfikatu autoryzowanego dystrybutora. Przedmiotowe oświadczenie zawarte w pismach oferenta z dnia 31.10.2012 r. i 09.11.2012 r. jest niezgodne ze stanem faktycznym, albowiem wykonawca nie jest producentem łożysk. W tym przypadku stwierdził, że (...) Przedsiębiorca podejmuje działalność gospodarczą po złożeniu wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w której określa jej przedmiot. Wykonawca P..... S..... wpisany do ewidencji w dniu 1 października 1991 roku prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Handlowo - Usługowa „TRANZAX” P..... S....., która nie obejmuje produkcji. Załączone przez „TRANZAX” P..... S..... do oferty prawo ochronne na znak towarowy potwierdza jedynie prawo tego oferenta do znaku towarowego „VTL”, a nie okoliczność, że jest on producentem łożysk oznaczonych tym znakiem”. Zwrócił także uwagę, że z pisma z dnia 31.10. 2012 r. wynika, że oferowane łożyska są polskiej produkcji, a ich produkcja odbywa się na podstawie umowy licencyjnej. Zatem (...) Skoro oferent jest producentem łożysk i przysługuje mu prawo ochronne do znaku, to nie bardzo wiadomo, kto komu i w jakim celu udzielił licencji. Z kolei (...) z pisma z dnia 09.11.2012r. wynika, że łożyska są produkowane są przez oferenta i pochodzą bezpośrednio z jego fabryk (tzn. z ilu fabryk, skoro miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, zgodnie z wpisem do ewidencji jest tylko jedno (w Bydgoszczy, przy ul. Ujejskiego 30)”. Zdaniem wnoszącego odwołanie (...), ponieważ z wpisu P..... S..... do Ewidencji Działalności Gospodarczej wynika, że nie prowadzi on jakiegokolwiek działalności gospodarczej w zakresie produkcji, w szczególności nie prowadzi produkcji łożysk, to nie może On wyprodukować łożysk stanowiących przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu”. Zdaniem Odwołującego (...) Pośrednio okoliczność powyższa wynika również z załączonego do oferty Katalogu (wymagany przez S1WZ). Katalog ten nie zawiera bowiem informacji takich jak dane konstrukcyjne, a w tym np. sposób oznaczenia łożysk. Oznaczenia dodatkowe stosowane przy opisie łożyska mogą różnić się między poszczególnymi producentami. Dlatego też informacje te umieszczane są w części opisowej katalogów producentów. Ma to na celu uszczegółowienie i zabezpieczenie się przed zastosowaniem nieprawidłowego łożyska. Nie wiadomo zatem jakie dokładnie łożyska zostały w przedmiotowym zamówieniu zaoferowane i, co ważniejsze, jakie będą do zamawiającego

dostarczone. W konkluzji wykonawca stwierdził, że wykonawca wybrany (...) złożył niezgodne z prawdą informacje mające wpływ na wybór oferty, a przez to naruszył przepisy ustawy. W zakresie tego zarzutu wskazał na art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, który stanowi, (...) że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (*verba legis* „mające wpływ”), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (*verba legis* „mogące mieć wpływ”), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych”. Stwierdził również, że (...) Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie stanowi błędu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy (wyrok KIO z 14.4.2011 r., sygn. akt KIO 706/11). W zakresie zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał na rozdział XI Opisu Sposobu Przygotowania Ofert specyfikacji zgodnie z którym (...) ofertą jest oryginał wypełnionego formularza oferty dla wybranej części zamówienia z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Wykonawca był zobowiązany zgodnie z ust. 3.2.6.1. opisu dołączyć do oferty katalogi producentów łożysk wraz ze stosownym certyfikatem autoryzowanego dystrybutora”. Dalej podał, że (...) Mimo wezwania Wykonawca nie dołączył certyfikatu, a jednocześnie wskazał niezgodnie z prawdą na to, iż jest producentem”. Podkreślił jednocześnie, że (...) Wykonawca w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywne konsekwencje. Wskazał także, że (...) Zgodnie z art. 7 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby

zapewniające bezstronność i obiektywizm. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustaw. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga zachowania przez wykonawców należytej staranności na każdym etapie postępowania, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 oświadczeń i dokumentów. Należyta staranność wymagana od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych obejmuje konieczność oceny i weryfikacji informacji podawanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy pochodzą od samego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, czy od innych osób i podmiotów na które wykonawca się powołuje. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ratio legis powołanego przepisu Ustawy jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających. Przepisy Ustawy nie zawierają, żadnej przesłanki umożliwiającej uchylenie się Wykonawcy od skutków nieprawdziwego oświadczenia. Z literalnej interpretacji wynika, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą z mocy prawa". W związku z powyższym - zdaniem Odwołującego - są podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy „TRANZAX” P..... S..... z Bydgoszczy.

Przystępujący wykonawca – „TRANZAX” P..... S....., zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że nie złożył nieprawdziwych informacji, a jego oferta potwierdza warunki wymagane w niniejszym postępowaniu. W szczególności podał, że (...) Definicja „producenta” oraz „dystrybutora” nie jest jednolita w prawie polskim oraz w prawie UE. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2003 r.), producentem jest cyt. „przedsiębiorca prowadzący 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, "(vide: art. 3 pkt 2 lit. a ww. ustawy - za dyrektywą UE nr 92/59/EWG o ogólnym bezpieczeństwie produktu). Z powyższej definicji wynika wprost i jest szeroko stosowane w realiach obecnej gospodarki, że za producenta uważa się nie tylko ten podmiot, który bezpośrednio wytwarza dany produkt (klasyczna, wąska postać „produkcji”), ale również ten, który występuje jako wytwórca, podczas gdy sam proces produkcji jest realizowany w części, a nawet w całości przez osobę trzecią, działającą na jego zlecenie (outsourcing produkcji). Składane Zamawiającemu oświadczenia Przystępującego dotyczyły właśnie tej drugiej formy „produkcji”, która nie wymaga od Przystępującego posiadania własnej fabryki łożysk. Wystarczające pozostaje tu, że Przystępujący jest właścicielem znaku towarowego VTL i podzleca produkcję łożysk określonych typów, oznaczonych tym znakiem, na podstawie stosownych umów licencyjnych (które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa TRANZAX w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), oraz zgodnie z wymogami technologicznymi i zachowaniem norm jakościowych TRANZAX. Opisany model produkcji należy odróżnić od dystrybucji, gdyż Przystępujący nie dokonuje u swoich kooperantów zakupu łożysk, ale kupuje ich pracę - usługę polegającą na wykonaniu partii zleconego towaru, wg specyfikacji dostarczonej przez Przystępującego. Staje się w ten sposób właścicielem łożysk w sposób pierwotny, tj. już z chwilą ich wytworzenia, a nie wtórny, z chwilą ich zakupu”. Podkreślił również, (...) że o polskim pochodzeniu marki VTL decyduje w szczególności fakt, że podmiotem uprawnionym (właścicielem znaku VTL) jest Przystępujący, jako przedsiębiorca polski, a jej rejestracja została dokonana w Polsce. Oznacza to zgodnie z art. 153 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, że Przystępujący uzyskał prawo wyłącznego używania znaku towarowego VTL w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Kwestionowanie polskości marki VTL jest w tej sytuacji niezrozumiałe. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że złożone przez Przystępującego oświadczenia o statusie producenta są prawdziwe”. Co do zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w całości powołał argumentację, o której mowa powyżej, (...) z której wynika, że posiada on

status polskiego producenta łożysk marki VTL. Jako producent, Przystępujący organizuje własny system sprzedaży, posługując się Katalogiem łożysk VTL, który został dostarczony Zamawiającemu z kartami asortymentu łożysk wymaganych przez Zamawiającego (SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia dla Części 12). Katalog ten został załączony do pisma Przystępującego z dnia 31.10.2012 r. i dostarczony Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 29.10.2012 r. sygn. DF/FZ/3266/12. Stwierdził również, że (...) Katalog ten nie odpowiada standardom stosowanym przez innych producentów, jest również nietrafiony. Postanowienia SIWZ nie precyzowały żadnych wymagań co do zawartości katalogów, wskazując w pkt 3.2.6.1. Rozdziału XI SIWZ, że warunkiem złożenia oferty jest wyłącznie złożenie przez wykonawców (dotyczy Części 12) następujących dokumentów: „Katalogi producentów łożysk wraz ze stosownym certyfikatem autoryzowanego dystrybutora.”. Jeśli Katalog taki został przez Przystępującego dostarczony, to weryfikacja jego zawartości może nastąpić jedynie poprzez przyzmat dalszych warunków zamówienia określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Wynika z nich (vide pkt 2 tiret 1), że cyt. „Parametry dotyczące nośności dynamicznej nie mogą być gorsze niż katalogowych producentów według których podano oznaczenia łożysk.”. Przystępujący wskazuje w tym miejscu, że dostarczony przez niego Katalog zawiera pozycje (parametry) pn. nośność dynamiczna i statyczna (określona w kN), co umożliwiło zweryfikowanie przez Zamawiającego spełnienia tego warunku dostawy na potrzeby oceny i porównania ofert”. W konkluzji podkreślił, że (...) oferowane przez niego łożyska marki VTL spełniają wszelkie obowiązujące normy jakościowe, warunki techniczne i wytyczne obowiązujące dla tego rodzaju materiałów (łożysk) - zgodnie z wymogami pkt 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Części 12, o czym świadczą otrzymywane przez Przystępującego referencje od zamawiających. Są produkowane wyłącznie przez kooperantów posługujących się normami jakościowymi obowiązującymi w Polsce i całej UE, w tym ISO 9001-2000”. Zatem (...) wymóg dostarczenia certyfikatu autoryzowanego dystrybutora nie mógł w sposób oczywisty dotyczyć Przystępującego, gdyż ten występuje w charakterze producenta oferowanych łożysk”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie również wniósł o oddalenie odwołania w całości. W szczególności zwrócił uwagę – tak jak Przystępujący wykonawca - na istotną różnicę pomiędzy działaniem danego podmiotu w ramach



obrotu rynkowego jako producenta oraz jako dystrybutora, ze szczególnym uwzględnieniem drugiego ze wskazanych pojęć. Według treści oferty złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Wykonawcę Tranzax oraz udzielonych następnie Zamawiającemu wyjaśnień w toku badania i oceny ofert, Wykonawca Tranzax wyjaśnił, że jest producentem oferowanych do dostawy łożysk sygnowanych znakiem towarowym „VTL”, w związku z czym wskazał na niemożność przedłożenia przez niego żądanego przez Zamawiającego w pkt. 3.2.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w niniejszym postępowaniu („SIWZ”) - „stosownego certyfikatu autoryzowanego dystrybutora”. Podał także, że (...) zgodnie z koncepcją cywilistyczną umowy dystrybucyjnej jej stronami są dystrybutor (nabywca) i dostawca (producent) zaś jej przedmiotem - obrót rzeczami ruchomymi dostarczonymi przez producenta (dostawcę) celem ich dalszej odsprzedaży przez pośrednika prowadzącego przedsiębiorstwo dystrybucyjne na własny rachunek i we własnym imieniu. Odsprzedając towary nabyte od dostawcy, dystrybutor, jak każdy pośrednik, pozyskuje na jego rzecz klientów. Dystrybutor wykonuje niektóre usługi związane z realizacją umowy sprzedaży (np. odbioru dostawy, wystawienia dokumentów przewozowych, karty gwarancyjnej, itp.) oraz świadczy autoryzowane usługi serwisowe w ramach obsługi gwarancyjnej, ale przede wszystkim realizuje własną koncepcję gospodarczą, odsprzedając na swój rachunek towary zakupione u dostawcy (...), a prowadzona przez niego działalność dystrybucyjna, choć nastawiona na zysk własny, pełni, przy okazji, funkcję służebną wobec producenta, wspomagając realizację jego indywidualnych aspiracji ekonomicznych. Istotą zobowiązania dystrybutora jest więc pośrednictwo przy sprzedaży towarów a cechą indywidualizującą porozumienie dystrybucyjne jest jego cel ~ zakup towaru od dostawcy dokonywany z zamiarem jego dalszej odsprzedaży. Cel ten stanowi istotny element umowy dystrybucyjnej. Podkreślił dalej, że (...) opierając się w szczególności na informacjach i wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę Tranzax w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należałoby przyjąć, że Wykonawca Tranzax nie pełni w łańcuchu dostawy produktów objętych tym zamówieniem - roli dystrybutora w znaczeniu, które wynika z powyższego, cywilistycznego założenia umowy dystrybucyjnej. Nadto zaś istotne znaczenie będzie mieć dla oceny powyższej kwestii fakt, że Wykonawca Tranzax do treści oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (str. 56) - załączył, wydane przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej -świadcstwo ochronne nr

243063 - dotyczące prawa ochronnego na znak towarowy „VTL”, którym, według oświadczeń wykonawcy Tranzax złożonych w (oku postępowania (pisma z dnia 31 października 2012 r. -niesygnowane oraz sygnowane znakiem TX/PS/J2/1S1) znakowane są dostarczane przez niego łożyska. Dysponowanie powyższym tytułem prawnym, osadzonym w przepisach ustawy Prawo własności przemysłowej z dnia 30 czerwca 2000 r. (t. j.: Dz.U. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.) - stanowi bowiem jeden z istotnych elementów przy definiowaniu pojęcia „producenta” - co ważne - odmiennie niż „dystrybutora” - w ustawodawstwie polskim. Jednym z przykładów na powyższe może być brzmienie przepisu art. 5 pkt 20) ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. 2002 Nr 366 poz. 1360 z późn. zm.), który definiuje pojęcie „producenta”. Przez pojęcie „producenta” należy mianowicie rozumieć „osobę fizyczną lub prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem” - z uwagi na wcześniej prowadzony wywód (fakt dysponowania przez Wykonawcę Tranzax wskazanym wyżej prawem ochronnym na znak towarowy) - ostatni element cytowanej definicji winien być szczególnie podkreślony. Tymczasem pkt 23) powołanego art. 5 Ustawy odnosi się do dystrybutorów - dystrybutorem mianowicie jest osoba fizyczna lub prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która dostarcza lub udostępnia wyrób po jego wprowadzeniu do obrotu (na marginesie: „wprowadzeniem do obrotu” jest „udostępnienie przez producenta, jego upoważnionego przedstawiciela lub importera, nieodpłatnie albo za opłatą, po raz pierwszy na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym wyrobu w celu jego używania lub dystrybucji” - art. 5 pkt 2) Ustawy o systemie oceny zgodności). Łączna więc lektura powyższych przepisów prawa, w zastawieniu z przytoczoną na wstępie cywilistyczną charakterystyką umowy dystrybucji pozwala stwierdzić, że role producenta (pojęcie „sensu largo”) oraz dystrybutora - w obrocie mają charakter odmienny. W konsekwencji zaś, jeżeli Wykonawca Tranzax przyjął na siebie rolę producenta łożysk objętych zamówieniem publicznym - nie może on jednocześnie pełnić roli ich dystrybutora w powszechnie przyjętym rozumieniu relacji, na których opiera się umowa dystrybucyjna. Konsekwencją przyjęcia powyższego założenia jest faktyczna

(uzasadniona) niemożność przedłożenia przez Wykonawcę „certyfikatu autoryzowanego dystrybutora”, wskazanego przez Zamawiającego w pkt 3.2.6.1 SIWZ, skoro, według wyjaśnień Wykonawcy Tranzax - dokonuje on sprzedaży oferowanych łożysk sygnowanych znakiem towarowym „VTL” - niejako bezpośrednio, a więc nie w ramach struktury umowy dystrybucyjnej (nie jako dystrybutor), zaś produkcję realizuje w oparciu o zawarte przez Wykonawcę Tranzax umowy licencyjne ~ dokumentem więc takim nie może (i nie musi) się legitymować”. Dalej wskazał, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp (...) - jest zasadniczo oparty na jednej okoliczności - mianowicie fakcie, że z treści przedłożonego przez Wykonawcę Tranzax wraz z ofertą zaświadczenia do Centralnej Ewidencji i Informacji Gospodarczej RP („CEIDG”) nie wynika wprost, że w zakres prowadzonej przez niego działalności gospodarczej wchodzi produkcja łożysk objętych przedmiotem zamówienia w części 12, zaś wskazano tylko, że Wykonawca Tranzax zajmuje się m. in. sprzedażą hurtową podanych w treści zaświadczenia - części. Powyższa argumentacja Odwołującego jest w całości pozbawiona zasadności - nie znajduje bowiem uzasadnienia ani w obowiązujących przepisach prawa, ani w aktualnym orzecznictwie”. Zamawiający zwrócił także uwagę, że (...) zgodnie z brzmieniem przepisu art. 6 ust. 1 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. (t. j.: Dz. U. Nr 220, poz. 1447) („Ustawa SDG”) „Podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.” - przepis ten stanowi o dwóch fundamentalnych zasadach ustrojowych obowiązujących w zakresie działalności gospodarczej: zasadzie wolności gospodarczej oraz zasadzie równości wobec prawa podmiotów wykonujących taką działalność. Wynikają one z Konstytucji RP. Artykuł 6 można zatem traktować jako ustawowe potwierdzenie wspomnianych zasad konstytucyjnych.” Jednocześnie ustawowe ograniczenia (w znaczeniu - szczególne warunki, jeżeli chodzi o prowadzenie działalności gospodarczej danego rodzaju) - zostały wprowadzone Ustawą SDG dla następujących rodzajów działalności gospodarczej: takiej, dla której wymagane jest uzyskanie przez przedsiębiorcę koncesji (zgodnie z art. 46 i nast. Ustawy SDG); która wymaga udzielenia przedsiębiorcy zezwolenia lub licencji (art. 75 i nast. Ustawy SDG) lub która obejmuje działalność regulowaną (definicja działalności regulowanej została ujęta w art. 5 pkt 5) Ustawy SDG - jest to „działalność gospodarczą której

wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa", zaś szczegółowy tryb postępowania uwzględniono w przepisach art. 64 i nast. Ustawy SDG. W przypadku działalności koncesjonowanej, objętej licencją lub zezwoleniem, ustawodawca w Ustawie SDG wskazał w sposób enumeratywny, jakie rodzaje działalności winny być reglamentowane i kontrolowane w powyższy sposób, jeżeli chodzi zaś o działalność regulowaną - uczynił odesłanie do właściwych w tym względzie przepisów prawa. Podkreślił, że (...) czynności polegające na produkcji łóżek tramwajowych nie zostały wskazane w Ustawie SDG jako ten typ działalności, który wymagałby wdrożenia przez podmiot chcący prowadzić działalność gospodarczą w tym zakresie - jednej ze szczególnych procedur objętych tą Ustawą. Tylko bowiem w takim zakresie można byłoby dopuścić ewentualną analizę treści zaświadczenia o wpisie do CEIDG, jak również występowanie, w stosunku do danego przedsiębiorcy, okoliczności pozytywnych pozwalających mu na prowadzenie działalności danego rodzaju. A' contrario więc - jeżeli podejmowanie danej działalności gospodarczej nie dotyczy działalności „szczególnej” w powyższym znaczeniu - następuje w tym zakresie powrót do zasady ogólnej - ujętej w powołanym art. 6 Ustawy SDG. W związku z powyższym nie można zasadnie twierdzić, że przedsiębiorca niepodlegający powyższemu rygorom szczególnym Ustawy SDG, a więc prowadzący działalność gospodarczą w oparciu o zasadę ogólną swobody jej wykonywania - nie może wykonywać działalności gospodarczej innej niż ta wskazana w CEIDG (uprzednio - w Ewidencji Działalności Gospodarczej). Taka interpretacja byłaby bowiem sprzeczna z przepisami powołanej Ustawy”.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie, Izba uwzględniała przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu podniesiono zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy „TRANZAX” P..... S..... z Bydgoszczy [dalej także „TRANZAX”] z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 3 i

pkt 4 ustawy Pzp. W zakresie pierwszego z zarzutów Odwołujący stwierdził, że wykonawca „TRANZAX” złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż wykonawca ten - składając ofertę na dostawę części i podzespołów podwozia wagonu 105N dla części 12, oferując łożyska polskiej marki VTL - oświadczył niezgodnie z prawdą, iż jest ich producentem i w związku z tym nie dołączył certyfikatu autoryzowanego dystrybutora. Jako dowód powołał treść wpisu przedsiębiorcy P..... S..... do Ewidencji Działalności Gospodarczej z którego nie wynika, że prowadzi on jakąkolwiek działalność gospodarczą w zakresie produkcji, w szczególności nie produkuje łożysk, i tym samym nie może wyprodukować łożysk stanowiących przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Stwierdził także, że (...) Pośrednio okoliczność powyższa wynika również z załączonego do oferty Katalogu (wymagany przez SIWZ). Katalog ten nie zawiera bowiem informacji takich jak dane konstrukcyjne, bo na przykład nie zawiera informacji o sposobie oznaczania łożysk, które to oznaczenia stosowane przy opisie łożyska mogą różnić się między poszczególnymi producentami i dlatego informacje te umieszczane są w części opisowej katalogów producentów. Co do drugiego zarzutu podał w odwołaniu, że mimo wezwania wykonawca TRANZAX nie dołączył do oferty stosownego certyfikatu autoryzowanego dystrybutora, do czego był zobowiązany zgodnie z rozdziałem XI ust. 3.2.6.1. specyfikacji. Konsekwencją powyższego jest naruszenie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego także ust. 4 art. 24 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje także – zdaniem Odwołującego - naruszeniem art. 7 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 3 wskazanej ustawy Pzp.

Wobec tych ustaleń, Izba – wobec treści art. 192 ust.7 ustawy Pzp - bez rozpoznania pozostawiła podnoszony w toku rozprawy zarzut, że specyfikacja w rozdziale XI ust. 3.2.6.1. nie pozwalała producentom na samodzielne ubieganie się w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że interpretacja przyjęta przez Zamawiającego tego postanowienia jest zgodna z podstawowym celem postępowania o zamówienie publiczne. Zasadniczym bowiem celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp i tym samym udzielenie zamówienia publicznego każdemu z wykonawców, który ma możliwość zrealizowania danego zamówienia i jednocześnie, uwzględniając stosowne przepisy

ustawy Pzp nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Inne rozumienie tego warunku prowadziłoby zdaniem Izby do nieuprawnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, co skutkowałoby w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Izba zwraca także uwagę na brak zapytań wykonawców, co do tego spornego postanowienia.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, doszła do przekonania, że żaden z zarzutów wskazanych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze, że dla oceny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - tak jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie - kluczowymi dokumentami są Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia, określające wymagania zamawiającego oraz oferta wykonawcy, określająca jego zobowiązania. Tak jak wskazywał sam Odwołujący, specyfikacja nie definiowała pojęcia producenta, ani pojęcia dystrybutora. Nie odsyłała także do przepisów kodeksu cywilnego, w tym art. 449 (1) Kc, na które w toku rozprawy powoływał się Odwołujący i tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw ograniczania definicji pojęcia „producenta” wyłącznie do art. 449<sup>1</sup> Kc, tym bardziej, że przepis ten odnosi się do producenta wytwarzającego produkt niebezpieczny, za który nie można uznać - w przekonaniu Izby - łożysk objętych przedmiotem zamówienia. W tym przypadku KIO podziela pogląd Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy TRANZAX, że odnoszenie definicji producenta oraz dystrybutora do ustaw takich jak Prawo własności przemysłowej, oraz o ogólnym bezpieczeństwie produktów - jest jak najbardziej uprawnione. Izba stwierdza także, że zakres wpisu do ewidencji działalności gospodarczej nie rozstrzyga o prawie podmiotu do prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto takim wpisem do rejestru uprawniony organ nie rozstrzyga o prawie danego podmiotu do prowadzenia działalności i tym samym brak odpowiedniego wpisu nie może stanowić przeszkody na skuteczne – o ile taka działalność jest faktycznie wykonywana – powoływanie się przez wykonawcę na taką działalność. Tak ja

podnosi się w orzecznictwie oznaczenie przedmiotu działalności ma wyłącznie charakter informacyjno-statystyczny i brak takiego oznaczenia nie jest ustawowym warunkiem prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie. Tym samym wymóg dostarczenia certyfikatu autoryzowanego dystrybutora nie mógł w sposób oczywisty dotyczyć wykonawcy TRANZAX, gdyż ten – zdaniem Izby wykazał, że występuje w charakterze producenta oferowanych łożysk. Izba stwierdziła również, że postanowienia specyfikacji nie precyzowały żadnych wymagań, co do zawartości katalogów, wskazując tylko w pkt 3.2.6.1. Rozdziału XI, że warunek dotyczy złożenia w ofercie przez wykonawców (dotyczy Części 12) m.in. (...) Katalogu producentów łożysk wraz ze stosownym certyfikatem autoryzowanego dystrybutora”. Taki katalog został przez wykonawcę TRANZAX dostarczony, a weryfikacja jego zawartości mogła nastąpić wyłącznie poprzez pryzmat dalszych warunków zamówienia określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca „TRANZAX” P..... S..... z Bydgoszczy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie zachodziła podstawa do jego wykluczenia z postępowania określona art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym bardziej brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przesłankę określoną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym podnoszone zarzuty, co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy Pzp, oraz art. 7 ust. 1 i ust. 2, a także art. 26 ust. 3 wskazanej ustawy Pzp są niezasadne.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....