

Sygn. akt: KIO/2310/10

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 października 2010 r. przez **Fabrykę Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, 97 – 300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie, 43 – 600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Neuhäuser GmbH z siedzibą w Lünen (Niemcy), D-44532 Lünen, Scharnhorststr. 11-16, Neuhäuser Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 88a** reprezentowanych przez **Zbigniewa Sendera pełnomocnika Neuhäuser GmbH oraz Członka Zarządu Neuhäuser Polska Sp. z o.o. (Neuhäuser Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 88a),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie, 43 – 600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Fabrykę Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, 97 – 300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie, 43 – 600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37** na rzecz **Fabryki Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, 97 – 300 Piotrków Trybunalski, ul. R. Dmowskiego 38**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę elementów trasy szynowej kolejki podwieszanej o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakład Górniczy Sobieski”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 lipca 2010 r., nr 2010/S 130-199511.

Pismem z dnia 13 października 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował Fabrykę Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Neuhäuser GmbH z siedzibą w Lünen - Niemcy oraz Neuhäuser – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „konsorcjum Neuhäuser”, jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie Zamawiający, pismem tym, poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując iż nie spełnia ona wymagań Zamawiającego w zakresie technicznym, a mianowicie szyn (przedłożone dopuszczenie – GEM/4711/0016/09/05264/KC dotyczy szyn typu Pioma P-140 HD, a przedstawione w wyniku uzupełnienia wskaźniki Wx i Wy dotyczą szyn nie objętych przedmiotową decyzją dopuszczeniową) oraz rozjazdów wykonanych z szyn (nie spełniają wymagań określonych w punkcie 2.k. opisu przedmiotu zamówienia, gdyż Odwołujący w stosunku do tych rozjazdów nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku – dopuszczenia obciążenia wzdłużnego szyn min. 140 kN).

W dniu 22 października 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 22 października 2010 r.) wobec:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. zaniechania czynności odrzucenia oferty

konsorcjum Neuhäuser,  
zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, odpowiadającej wymogom SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jej nie zastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do parametrów wytrzymałościowych oferowanych przez Odwołującego rozjazdów,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Neuhäuser, mimo, iż oferowany przez tego wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymogu SIWZ – załącznika nr 1 pkt 2 litera k),
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Neuhäuser, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem narusza ona prawo ochronne na znak towarowy „KSP” przysługujące Odwołującemu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum Neuhäuser,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

1. odnośnie szyny z profilu PIOMA DT 175 podniósł, iż dopuszczenie GEM/4711/0016/09/05264/KC dla szyny typu PIOMA P-140 HD obejmuje również te szyny wykonane z profilu PIOMA DT 175;
2. odnośnie wymagań wytrzymałościowych, iż Zamawiający postawił wymagania dotyczące wytrzymałości na obciążenie wzdłużne tylko w stosunku do szyn, a nie wszystkich elementów trasy; a ponadto Zamawiający nie wezwał Odwołującego do potwierdzenia wytrzymałości szyn, bezpodstawnie przyjmując iż parametry podane dla całej trasy kolejki – 130 kN dotyczą jednakowo wszystkich jej elementów;
3. odnośnie oferty konsorcjum Neuhäuser, iż konsorcjum to podało „obciążenie wzdłużne max 140 kN”, podczas gdy Zamawiający wymagał obciążenie wzdłużnego szyn – min. 140 kN, co w jego ocenie oznacza, iż obciążenie minimalne zaoferowanych szyn musi być niższe;
4. konsorcjum Neuhäuser wykorzystało znak towarowy Odwołującego.

Pismem z dnia 25 października 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo konsorcjum Neuhäuser otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 28 października 2010 r. (pismem z dnia 27 października 2010 r.) konsorcjum Neuhäuser przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, iż Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Podnoszone przez niego zarzuty dotyczą bowiem czynności odrzucenia jego oferty, jak i oferty uznanej za najkorzystniejszą. Przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania dałoby mu już możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. Tym samym Odwołujący w sposób wystarczający wykazał możliwość poniesienia szkody na skutek bezprawnego pozbawienia go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, w tym zysków przewidywanych z tytułu jego realizacji. Jednocześnie dodać należy, iż interes - wbrew twierdzeniom Przystępującego - badany jest w odniesieniu do wniesionego odwołania, a nie w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut 1, dotyczący nieuprawnionego uznania braku dopuszczenia dla oferowanych przez Odwołującego szyn nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2010 r. wskazał, iż na potwierdzenie wymagania technicznego zawartego w punkcie 2 litera h) załącznik nr 2 do SIWZ Odwołujący na stronach 71 i 72 złożonej oferty podał, iż „wskaźniki wytrzymałości przekroju na zginanie wzdłuż osi prostopadłej do płaszczyzny średnika oraz wzdłuż osi równoległej do płaszczyzny średnika dla kształtownika szyny trasy kolejki podwieszanej nie są niższe niż określone w normie DIN 20593-3:2004-07 dla profilu typu I 140V”,

jednocześnie wzywając Odwołującego do wyjaśnienia oferty poprzez podanie wartości tych wskaźników.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, podał m.in., iż „w ofercie nie został przedstawiony pełny przekrój szyny, a jedynie przekrój profilu PIOMA DT 175”, przedstawiając w załączniku nr 1 do przedmiotowych wyjaśnień „pełny przekrój szyny wraz z wartościami wskaźników wytrzymałościowych”, w którym „zginanie wzdłuż osi równoległej do płaszczyzny środka wynosi 53,78 cm<sup>3</sup>”, a „zginanie wzdłuż osi prostopadłej do płaszczyzny środka wynosi 287,15 cm<sup>3</sup>”.

Pismem z dnia 12 października 2010 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, podnosząc m.in., iż przedstawione w wyniku uzupełnienia wskaźniki Wx i Wy dotyczą szyn nie objętych decyzją dopuszczeniową nr GEM/4711/0016/09/05264/KC.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wezwał Odwołującego do podania wartości wskaźników wytrzymałościowych, które – jak zadeklarował Odwołujący na stronach 71-72 oferty – są nie niższe niż określone w normie DIN 20593-3:2004-07 dla profilu typu I 140V. Podstawę odrzucenia oferty Odwołującego stanowił natomiast brak dopuszczenia dla zaoferowanych szyn PIOMA P-140 HD wykonanych z profilu PIOMA DT 175 z przyspawanym ceownikiem. Niemniej jednak do uzupełnienia takiego dokumentu Odwołujący nie został wezwany. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż Zamawiający, dokonując oceny oferty Odwołującego, w tym kwestionując zadeklarowane przez niego wskaźniki wytrzymałościowe, kierował się – jak zresztą sam konsekwentnie podkreślał w odpowiedzi na odwołanie - dokumentacją z innego prowadzonego przez niego wcześniej postępowania, w którym ofertę złożył Odwołujący i wyjaśnieniami złożonymi wówczas przez Odwołującego, a co jest niedopuszczalne. Oceny oferty dokonuje się bowiem wyłącznie w oparciu o dokumenty złożone w danym postępowaniu, a nie w innym postępowaniu. Podstawą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień był także brak wskazania, mimo zadeklarowania w punkcie h tabeli na stronie 71 i 72 oferty Odwołującego, spełnienia wymogu tego właśnie punktu – zgodności z normą DIN 20593-3:2004-07. Stwierdzić jednak należy, iż Zamawiający w SIWZ na potwierdzenie spełnienia wymagań technicznych zażądał jedynie, aby wykonawcy dołączyli do oferty „dokumenty techniczne wyrobu określające parametry techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia oraz uwzględniające w swojej treści wymagania określone w „Opisie przedmiotu zamówienia” (zał. Nr 1 do SIWZ)”, bliżej jednak nie określając jakie to mają być dokumenty i czy coś ponad określone deklaracje ma z nich wynikać, jak również stopnia szczegółowości spełnienia wskazanych przez niego wymagań. Odwołujący złożył „opis przedmiotu oferty” wraz z tabelą „opis techniczny potwierdzający zgodność z wymaganiami”. I to dane z tej właśnie tabeli (punkt h) wzbudziły wątpliwość Zamawiającego. Brak był bowiem w tej pozycji

tabeli – jak podnosił Zamawiający - wartości określonych w niej wskaźników. Niemniej jednak, jak już wyżej wspomniano, Zamawiający nie określił w jaki sposób spełnienie postawionych przez niego wymogów należy wykazać. Tak więc dopuszczalne było każde rozwiązanie, z którego by wynikało spełnienie wymogu, w tym, przy tak określonych postanowieniach SIWZ jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, wystarczającym było by także złożenie stosownego oświadczenia w formie tabelarycznej. Odwołujący, na żądanie Zamawiającego, podał więc, mimo braku takiego wymogu, wartości wskaźników  $W_x$  i  $W_y$ , w konsekwencji czego jego oferta została odrzucona ze względu na brak stosownego dopuszczenia dla zmodyfikowanej szyny, jednak bez uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia koniecznego – zdaniem Zamawiającego - dokumentu.

Tak więc istotę sporu stanowi okoliczność, czy profil PIOMA DT 175 z przyspawanym ceownikiem, dla którego wskaźniki  $W_x$  i  $W_y$  nie są niższe niż określone w normie DIN 20593-3:2004-07, wymaga uzyskania nowej decyzji dopuszczeniowej, czy też wystarczającą jest decyzja nr GEM/4711/0016/09/05264/KC, dotycząca szyn typu PIOMA P-140 HD.

Odwołujący wraz z ofertą złożył, co jest bezsporne, decyzję dopuszczeniową szyn typu PIOMA P-140 HD nr GEM/4711/0016/09/05264/KC, która w ocenie Odwołującego obejmuje także szyny wykonane ze zmienionego profilu PIOMA DT 175, jednocześnie nie wymagając przy tego typu zmianie uzyskania nowej decyzji dopuszczeniowej. Dowodem czego mają być „wyniki badań i ocena Nr 367/AW/2010” szyn typu PIOMA P-140 HD ze zmianą do kolejek podwieszanych, które przeprowadził Instytut Techniki Górniczej KOMAG z siedzibą w Gliwicach, a więc jednostka, która wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, upoważniona jest na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.04.2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych do przeprowadzania badania i dokonywania oceny m.in. elementów górniczych wyciągów, urządzeń transportu liniowego, kolejek podwieszanych itp. Z badań tych więc wynika, iż „zmiany te nie naruszają § 8.2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.04.2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (...)", a badania te – w przypadku ubiegania się o decyzję dopuszczeniową - stanowią element konieczny wniosku o wydanie dopuszczenia, którą to decyzję wydaje wyłącznie Prezes WUG-u. Niemniej jednak, to właśnie pismo WUG z dnia 2 listopada 2010 r., przedłożone przez Przystępującego wskazuje jednoznacznie, iż w „w przypadku wprowadzania opisanych zmian”, polegających na przyspawaniu ceownika 65 do górnej półki szyny celem zwiększenia wskaźnika wytrzymałości przekroju na zginanie wzdłuż osi równoległej i prostopadłej do płaszczyzny średnika, „zachodzi konieczność ponownego dopuszczenia wyrobu przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego”. Nie można więc zgodzić się z Odwołującym, iż jest to odpowiedź udzielana standardowo, gdyż okazana Izbie oraz Stronom treść pytania jednoznacznie wskazuje, iż dotyczyło ona istoty niniejszego

sporu. A ponadto to wyłącznie Prezes WUG-u jest jednostką decydującą o dopuszczeniu wyrobu bądź nie.

Na marginesie stwierdzić należy, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień nie obejmowało wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w punkcie IV.5 SIWZ, tj. parametrów technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia (złożenia informacji o wysokości kształtownika, rodzaju i wymiarach przyspawanego ceownika). Tym samym nie można Odwołującemu czynić zarzutu, iż tych danych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił. Zamawiający nie wezwał także Odwołującego do złożenia brakującego dokumentu, a więc dopuszczenia na profil PIOMA DT 175 z przyspawanym ceownikiem. Niemniej jednak Odwołujący takowego dokumentu Izbie także nie przedstawił, podnosząc konsekwentnie, iż nowe dopuszczenie nie jest wymagane.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut 2, dotyczący nieuprawnionego uznania, iż oferowany przez Odwołującego wyrób nie spełnia wymagań wytrzymałościowych potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z punktem IV.3 SIWZ, tj. przedłożenia dopuszczeń dla rozjazdów o sterowaniu ręcznym i pneumatycznym.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, podał iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego do oferty zostały dołączone decyzje Prezesa WUG na wszystkie oferowane urządzenia, tj. dopuszczenia GEM/4711/0016/09/05264/KC, GEM/4711/0034/07/16821/P1, GEM/4711/0005/10/00617/KC.

Pismem z dnia 12 października 2010 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, podnosząc m.in., iż „Odwołujący nie spełnia wymagań określonych w punkcie 2 litera k) załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w stosunku do wymienionych rozjazdów (wykonanych z szyn)”, gdyż „nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku – dopuszczalne obciążenie wzdłużne szyn min. 140 kN”.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 2 litera k) załącznika nr 1 do SIWZ zamieścił postanowienie „Dopuszczalne obciążenie wzdłużne szyn – min 140 kN”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przede Izba stwierdziła niekonsekwencję i pełną dowolność Zamawiającego powstałą w trakcie oceny oferty Odwołującego. Powyższe – jak Izba ustaliła - wynika z tego, iż Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dopuszczenia dla rozjazdów, a więc dokumentu z punktu IV.3 SIWZ, tymczasem jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego podał on brak dokumentów, mimo wezwania do



ich uzupełnienia, potwierdzających spełnienie warunku, a mianowicie dopuszczalnego obciążenia wzdłużnego szyn o wartości min. 140 kN, a więc wymogu określonego w punkcie 2 litera k) załącznika nr 1 do SIWZ. Natomiast spełnienie kwestionowanego wymogu (z punktu 2 litera k)) Odwołujący jednoznacznie wskazał na stronie 72 oferty, podając jako „dopuszczalne obciążenie wzdłużne szyn - min. 140 kN” wartość parametru „160 kN”. Wskazany parametr niewątpliwie spełnił postawiony przez Zamawiającego wymóg „min. 140 kN”. Izba podzieliła w tym względzie stanowisko Odwołującego, iż punkt 2 litera k) załącznika nr 1 do SIWZ dotyczył wyłącznie obciążenia wzdłużnego szyn. Wynika to niewątpliwie z literalnego, a tym samym jednoznacznego brzmienia tego postanowienia SIWZ.

Odwołujący na stronie 66 swojej oferty nadto podał „wytrzymałość wzdłużna złącz szynowych: w połączeniach kołnierzowych 140 kN, w połączeniach podatnych 160 kN”, a więc i wartości tych parametrów spełniałyby wymóg taki jak postawiony w punkcie 2 litera k) załącznika nr 1 do SIWZ, o ile wymóg taki, dotyczący złącz byłby również wskazany. Z treści SIWZ nie wynikał i nie wynika także wymóg określonego obciążenia wzdłużnego rozjazdów na poziomie minimum 140 kN. Zamawiający twierdząc, iż taki wymóg został faktycznie przez niego postawiony, poza punktem 2 litera k) załącznika nr 1 do SIWZ nie wskazał innego postanowienia SIWZ, z którego ów wymóg jednoznacznie ponoć wynika. Odwoływanie się więc obecnie, jak to uczynił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, także do wymogów punktu 2 litera g) i h) załącznika nr 1 do SIWZ, w kontekście określonego brzmienia SIWZ, jest nieuprawnione. Jednocześnie stwierdzić należy, że wobec braku wskazania przez Zamawiającego dokumentów, które miałyby potwierdzać spełnienie tego wymogu, o ile taki wymóg byłby postawiony Zamawiający najpierw zobowiązany byłby wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia żądanych wymogów z jednoznacznym wskazaniem co winno być przez wykonawcę uzupełnione, przy czym treść takiego wezwania powinna być konkretna i jednoznaczna. Wykonawca musi bowiem wiedzieć do uzupełnienia jakich dokumentów, złożenia jakich wyjaśnień i na jakiej podstawie jest zobowiązany. Nie może on się bowiem domyślać co było intencją Zamawiającego. W konsekwencji każdy dokument przedstawiony przez wykonawcę, który potwierdzałby tak postawiony wymóg, byłby takim dokumentem, dokumentem potwierdzającym spełnienie wymogu. Tak więc mogłoby to być także badanie przeprowadzone przez Atestacyjną Jednostkę Certyfikującą

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

**Zarzut 3, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Neuhäuser z powodu niezgodności jego oferty z treścią SIWZ potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” ,

w punkcie 2 litera k) którego przewidział wymóg „Dopuszczalne obciążenie wzdłużne szyn – min 140 kN”. Na potwierdzenie powyższego żądając dołączenia „dokumentów technicznych wyrobu określających parametry techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia oraz uwzględniających w swojej treści wymagania określone w „Opisie przedmiotu zamówienia” (zał. Nr 1 do SIWZ)”.

Konsorcjum Neuhäuser w tabeli zawartej na stronie 190 oferty, punkt 4.6. „Charakterystyki techniczne” w pozycji „dopuszczalne obciążenie wzdłużne złącz szyn” umieścił zapis „jak dla przynależnego toru jezdni, maks. jednak 140 kN”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Zamawiający wymagał, aby obciążenie wzdłużne szyn wynosiło „min. 140 kN”, jak również i to, iż konsorcjum Neuhäuser zaoferowało szyny mogące przenosić obciążenie wzdłużne „maks. 140 kN”. Powyższe oznacza, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iż konsorcjum Neuhäuser nie spełniło wymagań zawartych w treści SIWZ. To sam Zamawiający postawił konkretny i jednoznaczny wymóg, poprzez wskazanie minimalnego obciążenia wzdłużnego szyn. Tak więc wykonawcy mogli wykazać się obciążeniem wzdłużnym na poziomie 140 kN i wyższym, natomiast nie mogli, przy tak sformułowanym wymogu, wykazać obciążenia wzdłużnego szyn na poziomie maksymalnie 140 kN, a więc teoretycznie dopuszczającą wielkość tę na poziomie niższym. Izba rację przyznała więc Odwołującemu, który twierdził, iż sformułowanie „minimum” oznacza tolerancję plusową, a więc w górę, nie w dół, gdyż istotnie tak jest. Natomiast nie podziela argumentacji Zamawiającego, iż „wskazanie maksymalnie 140 kN nie oznacza, iż wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktu spełniającego postawiony przez niego wymóg”. Z treści oświadczenia złożonego w ofercie konsorcjum Neuhäuser nie wynika bowiem, iż ten wymóg zostanie spełniony. Podnoszona przez Przystępującego okoliczność, iż przeprowadzone były badania przez niemieckie jednostki uniwersyteckie, z których wynika, iż obciążenie wzdłużne szyn produkowanych przez Neuhäuser GmbH jest wyższe niż wymagane w niniejszym postępowaniu i wynosi 150-160 kN nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, gdyż jak już wyżej wskazano w treści oferty jednoznacznie wskazano, że wynosi ono maksymalnie 140 kN. Rozstrzygająca jest więc treść oświadczenia woli konsorcjum Neuhäuser zawarta w złożonej ofercie. Przedłożone przez konsorcjum Neuhäuser raporty z badań, o ile byłyby uznane za dowód w niniejszej sprawie, takiego dowodu nie stanowią, a nawet gdyby stanowiłyby w istocie niedopuszczalną zmianę treści złożonego oświadczenia, a tym samym niedopuszczalną zmianę oferty.

Tym samym zarzut ten potwierdził się.

**Zarzut 4, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Neuhäuser z powodu naruszenia zasad uczciwej konkurencji nie potwierdził się.**

Odwołujący zarzucił konsorcjum Neuhäuser wykorzystania w swojej ofercie znaku towarowego KSP, chronionego na obszarze Polski od dnia 2007-04-13 prawem ochronnym nr 207097, udzielonym na rzecz Odwołującego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i winno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum Neuhäuser.

Jak przyjęto w literaturze przedmiotu uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu konkretnego deliktu szczególnego określonego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nie ujętego, ale odpowiadającego hipotezie z art. 3 ust. 1 przedmiotowej ustawy. Niewątpliwym jest, iż czyn zarzucany konsorcjum Neuhäuser mógłby zostać ewentualnie zakwalifikowany jako delikt szczególny (dotyczy bowiem znaku towarowego Odwołującego) określony faktycznie w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak więc właściwym do rozpoznania tej sprawy (używania znaku towarowego Odwołującego przez konsorcjum Neuhäuser) – zgodnie z art. 17 pkt 2 k.p.c. – jest sąd okręgowy.

Kwestie dotyczące praw ochronnych znaku towarowego danego wykonawcy – jak słusznie podniósł Zamawiający – w toku postępowania o zamówienie publiczne nie są badane. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym użycie przez konsorcjum Neuhäuser spornego skrótu „KSP” w żaden sposób nie wpłynęło na ocenę oferty konsorcjum Neuhäuser oraz Odwołującego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty złożone przez Strony oraz Przystępującego przedłożone na rozprawie, uznając je za stanowiska dokumenty te składających.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....