

WYROK
z dnia 23 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez **wykonawcę JADAR AUTO D. S. Spółka Jawna z siedzibą w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy Inter Cars Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez **Inter Cars Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaści tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **JADAR AUTO D. S. Spółka Jawna z siedzibą w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach** na rzecz wykonawcy **JADAR AUTO D. S. Spółka Jawna z siedzibą w Chorzowie** kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup części zamiennych do pojazdów służbowych użytkowanych przez KWP w Katowicach oraz jednostki terenowe i komórki organizacyjne podległe KWP w Katowicach”; Nr sprawy: ZP-2380-164-36/2020/2021.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod 2020/S 167-403001 z dnia 28 sierpnia 2020 roku.

W dniu 1 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę JADAR AUTO D. S. Sp. j., (dalej Odwołujący) od niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań i czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - Inter Cars S.A.
- 2) prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Inter Cars S.A. jako najkorzystniejszej,
- 3) odrzucenie oferty Inter Cars S.A.,

ewentualnie;

nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Inter Cars S.A.

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawa zamówień publicznych t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwaną dalej: “ustawą Pzp”:

- 1) art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez, bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Inter Cars S.A. mimo, iż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 2) art. 91- poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Inter Cors S.A., Jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy oferta tegoż Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców
- 4) inne wskazane w uzasadnieniu odwołania. Interes i szkoda.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem niezgodne z prawem zaniechanie zamawiającego pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku bowiem uwzględnienia niniejszego odwołania, skutkującego odrzuceniem wybranej oferty, doszłoby do unieważnienia przedmiotowego postępowania, co umożliwiłoby Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu.

Stanowisko powyższe znajduje uzasadnienie na gruncie orzecznictwa.

Jak wskazuje się w komentarzu do nowej ustawy Pzp. (Andrzeja Gawrońska-Baran i In., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd LEX/EL. 2021) „pogląd, iż Wykonawca, nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje uzasadnienie w orzecznictwie. Szeroki wywód dotyczący, zachowania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w sytuacji, gdy Jego uwzględnienie prowadzić może do unieważnienia postępowania, znalazł się w uzasadnieniu wyroku KIO z 3.01.2017 r., KIO 2395/15. Izba uznała, iż „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę, skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli, następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego, orzeczenia wydanego w sprawie C-100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny”.

Powyższe dowodzi, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, co czyni

zadość wymaganiom do wniesienia niniejszego odwołania określonym w art. 505 nowej ustawy Pzp.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zgodnie z Rozdziałem 1- Opis Przedmiotu Zamówienia SIWZ, w pkt 5 Zamawiający wymaga, aby dostarczane części zamienne były: kompletne, produkowane jako fabrycznie nowe, gatunku 1, wolne od wad technicznych i prawnych, dopuszczone do obrotu i posiadały gwarancję producenta liczoną od daty danej dostawy do Zamawiającego oraz będą należały do jednej z. niżej wymienionych grup:

- a) części samochodowe fabrycznie nowe - oznakowane logo - znakiem towarowym producenta pojazdu i przynajmniej na opakowaniu numer katalogowy;
- b) części samochodowe fabrycznie nowe - oznakowane logo - znakiem towarowym producenta części dostarczającego dany element na pierwszy montaż i zawierające przynajmniej na opakowaniu numer wg katalogu tego producenta;
- c) części zamienne o porównywalnej jakości – „części zamienne o porównywalnej jakości”

Są to części zamienne, których producent zaświadczy, że są one tej samej jakości, co komponenty, które są lub były stosowane do montażu danych pojazdów samochodowych.

Zgodnie zaś z pkt 6 ww rozdziału SIWZ, Zamawiający wymaga w celu zapewnienia bezpiecznych należące do jednej z. poniższych grup;

- a) części oznakowane logo - znakiem towarowym, producenta pojazdu przynajmniej na opakowaniu katalogowym - znakiem OE;
- b) części oznakowane logo - znakiem towarowym producenta części dostarczającego części na pierwszy, montaż i przynajmniej na opakowaniu numerem katalogowym- znakiem OEM, części zamienne największych światowych producentów o jakości Identycznej z jakością, części produkowanych na wyposażenie fabryczne.

Zgodnie z pkt 6.1 ww rozdziału SIWZ, części zamienne oznaczone symbolem „OE"/OEM”, jak również pozostałe muszą charakteryzować się najwyższą jakością ze względu na bezpieczeństwo policjantów pełniących służb patrolowych jak i biorących udział w pościgach oraz konwojach. Jakość tych elementów ma wpływ przede wszystkim na bezpieczeństwo, ale także pośrednio na koszty związane z eksploatacją. Materiały zastosowane do produkcji muszą gwarantować bezpieczeństwo i komfort eksploatacji.

Z przywołanych powyżej postanowień SIWZ wynika jednoznacznie, iż Zamawiający świadomie i zgodnie z jego potrzebami stawia wysokie wymagania jakościowe w stosunku

do części objętych przedmiotem zamówienia, co potwierdza również fakt, iż jakość, stanowi jedno z kryteriów (poza cenowych) oceny ofert.

Pismem z dnia 18 lutego 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy Inter Cars S.A. Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił także o odrzuceniu oferty Odwołującego - oferta ta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i nie podlegała ocenie Zamawiającego w procesie badania ofert.

Zamawiający skierował w toku procesu badania ofert do Wykonawcy Inter Cars S.A w dniu 20 stycznia 2021 roku wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty, w szczególności w zakresie zgodności z treścią SIWZ pozycji formularza ofertowego tj. poz. 41, 42 - dla pojazdu marki Hyundai I30 85KW 15820N 2011 r (Przykładowy nr VIN: TMADB81SAC...382); poz. 66, 67 marki Kia - Ceed 94kW 1582ON 2012 r (Przykładowy nr VIN: U5YHM816AD...530) oraz poz. 7 - dla marki Skoda Rapid 77kW 1197PB 2014r (Przykładowy nr VIN TMBAN6NH9F...493). Należy dodać, iż zgodność z SIWZ tychże pozycji zakwestionował Odwołujący w skierowanym do Zamawiającego Piśmie z dnia 18 listopada 2020 roku wraz ze szczegółowym uzasadnieniem swojego stanowiska, które Zamawiający zupełnie zignorował-w toku oceny wyjaśnień złożonych w dniu 28 stycznia 2021 roku przez Wykonawcę-Inter Cars S.A. o czym świadczy fakt uznania tych wyjaśnień za prawidłowe tj. zgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący podnosi, iż decyzja Zamawiającego o zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Inter Cars S.A. i dokonaniu jej wyboru jest decyzją wadliwą

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W złożonej ofercie, sporządzonej m.in. zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ - formularz cenowy, Inter Cars S.A. w dziale poświęconym samochodowi marki Hyundai I-30 85kW-15820N: 2011r (Przykładowy nr VIN: TMADB81SAC...382), w pozycji nr 41 - Wahacz dolny, przedniego zawieszenia prawy oraz w pozycji nr 42 - Wahacz dolny, przedniego zawieszenia lewy, jako producenta obu tych części wskazał MAGNETI MARELLI.

Z informacji rynkowych posiadanych przez Odwołującego wynikało, że w badanych pozycjach zachodzić może brak powiązania ww. nr OE części danego producenta pojazdu z proponowanymi przez Inter Cars S.A. producentami części. Odwołujący zwrócił się zatem do autoryzowanego przedstawiciela (serwisu) marki HYUNDAI tj firmy MM CARS Sp. z o.o., o podanie numerów katalogowych (referencyjnych) części wskazanych w ww. pozycjach oferty Inter Cars S.A., nadanych przez producenta przedmiotowego pojazdu.

W odpowiedzi otrzymano oświadczenie MM CARS Sp. z o.o., w którym firma ta(jako ASO HYUNDAI jednoznacznie stwierdza, że wahacz dolny przedniego zawieszenia wahacza dla przedmiotowego pojazdu występuje wyłącznie pod nr katalogowymi referencyjnym OE 545012R000 strona prawa) oraz nr OE 545002R000 strona lewa) oraz, że części te nie posiadają i nigdy nie posiadały zamienników występujących pod innymi nr OE HYUNDAI.

W celu wyjaśnienia, powyższych wątpliwości Odwołujący zwrócił się do producenta części wskazanego w ofercie INTER CARS S.A, z prośbą o potwierdzenie, czy produkuje on części, które są odpowiednikami części oznaczonych przez producenta pojazdu nr katalogowymi (referencyjnymi) OE 545012R000 oraz nr OE 545002R000.

W odpowiedzi producent MAGNETI MARELLI przesłało oświadczenie z dnia 10 listopada 2020 roku, z którego jednoznacznie wynika, iż MAGNETI MARELLI nie posiada w ofercie oraz nie produkuje odpowiedników części, którym nadano w/w nr katalogowe (referencyjne).

Ustalenia Odwołującego, a przede wszystkim oświadczenie producenta MAGNETI MARELLI stają w rażącej sprzeczności ze stanowiskiem Wykonawcy Inter Cars S.A. przedstawionym w treści wyjaśnień z dnia 28 stycznia 2021 roku, jakoby „kierując się katalogiem tego producenta, można stwierdzić, że zaoferowany wahacz przeznaczony jest do wskazanego samochodu Zamawiającego”. Także oferta niezależnego dystrybutora, który co Inter Cars S.A. sam potwierdza w ww. piśmie - może stosować różne oznaczenie części, w świetle oświadczenia, producenta nie pozwala na uzasadnienie, że w badanych pozycjach nie zachodzi brak powiązania ww. nr OE części danego producenta pojazdu z proponowanymi przez Inter Cars S.A. producentami części.

Podobna niezgodność treści oferty Inter Cars S.A. z SIWZ, zachodzi także w dziale poświęconym samochodowi marki Hyundai 130 85kW 15820N 2011r (Przykładowy nr VIN : TMADB81SAC...382), w pozycji nr 43 - Tuleja wahacza przedniego tylna, gdzie jako producenta obu tych części wskazano DELPHI.

W tym przypadku MM Cars Sp. z o.o., w treści powołanego wyżej oświadczenia, również podał, iż tuleja wahacza przedniego tylna występuje wyłącznie pod nr katalogowym (referencyjnym) OE 545512R000 oraz że część ta nie posiada i nie posiadała zamienników występujących pod innymi nr OE HYUNDAI.

Zgodnie z ustaleniami JADAR AUTO, DELPHI nie produkuje tulei wahacza dla pojazdu z podanym w SIWZ nr VIN, która odpowiadałby nr OE wskazanemu przez ASO HYUNDAI MM CARS. Wynika to jasno z każdego ogólnodostępnego katalogu, w tym z oficjalnego katalogu DELPHI dostępnego pod adresem:

<http://delphicat.com/WebForms /frmDelphiHome.aspx?language=10> .

Należy zauważyć, że wszystkie produkowane przez DELPHI tuleje wahaczy do wcześniejszych (wyprodukowanych w okresie od oraz do 2011 roku) modeli HYUNDAI I30 mają swoje odniesienie do zupełnie innych nr OE HYUNDAI. Z informacji posiadanych przez JADAR AUTO wynika, że w przedmiotowej tulei wahacza doszło do zmian konstrukcyjnych (została ona zmodyfikowana), które wykluczają zastosowanie towaru zaproponowanego przez Inter Cars S.A. do pojazdu wskazanego w SIWZ.

W złożonej ofercie, sporządzonej m.in. zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ pn. „formularz cenowy”, Inter Cars S.A. w dziale poświęconym samochodowi marki Kia Ceed 94kW 15820N 2012 r (Przykładowy nr VIN: U5YHM816AD...530), w pozycji 66 - Amortyzator przód prawy oraz w pozycji 67 - Amortyzator przód lewy, jako producenta obu tych części wskazał MAGNUM TECHNOLOGY

Z informacji rynkowych posiadanych przez JADAR-AUTO wynika, że w badanych pozycjach zachodzić może brak powiązania nr OE części danego producenta pojazdu z proponowanymi przez Inter Cars S.A. producentami części. JADAR — AUTO zwrócił się zatem do autoryzowanego przedstawiciela (serwisu) marki KIA tj firmy EURO-KAS. S.A., o podanie numerów katalogowych (referencyjnych) części wskazanych w ww. pozycjach oferty Inter Cars S.A., nadanych przez producenta przedmiotowego pojazdu.

W odpowiedzi otrzymano oświadczenie EURO-KAS S.A., w którym firma ta (jako ASO KIA), jednoznacznie stwierdza, że amortyzator przedni dla przedmiotowego pojazdu występuje wyłącznie pod nr katalogowymi (referencyjnymi) OE 546611H1700 (strona prawa) oraz nr OE 546511H500 (strona lewa).

Ponadto EURO-KAS S.A. stwierdza iż w żądanym modelu KIA CEED w roku 07/2009 doszło między innymi do zmian konstrukcyjnych zawieszenia co powoduje, że w modelach KIA CEED produkowanych po 07/2009 (a zatem także w pojeździe o wskazanym w SIWZ przykładowym nr VIN) nie ma technicznych możliwości zastosowania przedniego amortyzatora stosowanego w modelach wcześniejszych.

Odwołujący potwierdza, iż MAGNUM TECHNOLOGY stanowi tzw. markę własną Inter cars S.A. (części oznaczone tą marką są produkowane wyłącznie na rzecz Inter Cars S.A.), z czego ten Wykonawca może wywodzić, iż zaoferowany amortyzator, mimo nr katalogowego niegodnego z nr OE wskazanego przez ASO KIA, spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego.

Stwierdzić jednakże należy, że wskazany przez Inter Cars S.A. amortyzator ma zupełnie inną budowę i konstrukcję i nie da się go zamontować w podanym przez Zamawiającego modelu KIA. Świadczy o tym jednoznacznie nie tylko treść oświadczenia EURO-KAS S.A. (jako ASO KIA), ale także porównanie budowy amortyzatorów

produkowanych przez MAGNUM TECHNOLOGY z amortyzatorami oryginalnymi (prawidłowymi).

Ponadto w oficjalnym ogólnodostępnym katalogu producenta MAGNUM TECHNOLOGY http://magnum-technology.com/pliki/File/MAGNUM/Katalog_amortyzatorow_Magnum_2010.pdf

oraz w katalogu doboru części Inter Cars S.A. <https://intercars.pl> nie da się do dnia dzisiejszego w żaden sposób odnaleźć takich amortyzatorów producenta MAGNUM TECHNOLOGY, które byłyby odpowiednikiem właściwych konstrukcyjnie do wskazanych w oficjalnym piśmie ASO EURO-KAS S.A. Z informacji posiadanych przez JADAR AUTO wynika, że MAGNUM TECHNOLOGY nigdy nie produkował i nie produkuje do nadal takich amortyzatorów. Stwierdzić zatem należy, że profesjonalny uczestnik obrotu częściami zamiennymi jakim jest INTER CARS S.A. winien posiadać informację i uwzględnić je w swojej ofercie, że amortyzatory odpowiadające wymaganiom Zamawiającego są produkowane w oryginalnych opakowaniach OE KIA tylko i wyłącznie przez producenta SACHS , będącego jednocześnie jedynym dostawcą tej części dla producenta pojazdu marki Kia Ceed 92kW 1591PB 2011r (Przykładowy nr VIN: U5YHB512AC...194).

Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że nie da się zamontować oferowanego przez Inter Cars S.A. amortyzatora MAGNUM TECHNOLOGY w samochodzie Kia Ceed 94kW 15820N 2012r (Przykładowy nr VIN: U5YHM816AD...530) ze względu za zupełnie inną konstrukcję oraz konieczność zastosowania zupełnie innej sprężyny przedniego zawieszenia w związku ze zmianą w konstrukcji zawieszenia podanego modelu KIA CEED, co wynika z oświadczenia ASO KIA.

W złożonej ofercie, sporządzonej m.in. zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ pn. „formularz cenowy”, Inter Cars S.A. w dziale poświęconym samochodowi marki Skoda Rapid 77kW 1197PB 2014r (Przykładowy nr VIN TMBAN6NH9F...493), w pozycji 7 - Bębny hamulcowe tył, jako producenta części LPR.

Z informacji rynkowych posiadanych przez JADAR AUTO wynikało, że w badanej pozycji zachodzić może brak powiązania nr OE części danego producenta pojazdu z proponowanymi przez Inter Cars S.A. producentami części. JADAR AUTO zwrócił się zatem do autoryzowanego przedstawiciela (serwisu) marki SKODA tj firmy PORSCHE INTER AUTO POLSKA sp. z o.o., o podanie numerów katalogowych (referencyjnych) części wskazanych

w ww. pozycjach oferty Inter Cars S.A., nadanych przez producenta przedmiotowego pojazdu.

Z udzielonej w dniu 13 listopada 2020 roku przez PORSCHE INTER AUTO POLSKA sp. z o.o., odpowiedzi, wynika jednoznacznie, że w samochodzie SKODA RAPID o podanym

w SIWZ nr VIN występują bębny hamulcowe tylne o nr katalogowym OE 6R0609617F (poprzedni nr 6R0609617B).

Uwzględniając argumentację powołaną w pkt wcześniejszych niniejszego pisma stwierdzić należy, iż producent LPR, wskazany w ofercie Inter Cars S.A., nie produkuje bębnow hamulcowych, które byłyby odpowiednikiem nr OE wskazanych przez ASO PORSCHE INTER AUTO tj. OE 6R0609617F, lub OE 6R0609617B. Jak wynika bowiem z informacji pozyskanych przez JADAR AUTO, wszystkie produkowane przez LPR bębny do wcześniejszych modeli SKODA RAPID mają swoje odniesienie do zupełnie innych nr katalogowych aniżeli nr OE nadane przez producenta pojazdu. Potwierdza to, w sposób nie budzący wątpliwości przeprowadzona przez JADAR-AUTO próba odszukania w katalogu producenta LPR (<http://www.lpr.it>) oraz w ogólnodostępnym katalogu TECDOC (zaimplementowanym także do katalogu Inter Cars S.A., dostępnym online pod adresem: <https://intercars.pl>) odpowiednika wskazanej przez ASO PORSCHE części o nr OE, produkowanego przez LPR. Żaden z wyżej wymienionych katalogów nie zawiera bębnow hamulcowych produkcji LPR, stanowiących odpowiednik tej części oznaczonej nr OE nadanym przez producenta przedmiotowego pojazdu.

W świetle powyższych ustaleń, stwierdzić należy, iż wyjaśnienia Inter Cars S.A. udzielone w piśmie z dnia 28 stycznia 2021 roku tylko potwierdzają wniosek, iż wykazana w omawianej pozycji formularza ofertowego część, jest niezgodna z wymogami SIWZ. Zauważyć należy, iż Inter Cars S.A. stwierdza, iż „brak w katalogu producenta LPG wskazanej części nie oznacza braku tej części w ofercie tego producenta”, co świadczy o rażącej niekonsekwencji w przyjętej argumentacji, ponieważ udzielając wyjaśnień odnośnie innych części, Wykonawca ten powoływał się właśnie na ich występowanie w katalogu danego producenta. Natomiast oczywistym dowodem na niezgodność wskazanej w ofercie części z SIWZ jest fakt, że Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach stwierdza wprost, iż wykazanej w ofercie części w ogóle nie posiada i nie będzie mógł posiadać do czerwca 2021 roku, co potwierdza jego anglojęzyczna treść korespondencji z producentem LPR.

Reasumując, stwierdzić należy, że oferta Inter Cars S.A. złożona w przedmiotowym postępowaniu pozostaje w jawnej sprzeczności z treścią SIWZ, co najmniej w czterech opisanych w niniejszym piśmie przypadkach, w stosunku do których zasadny jest zarzut niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ zawartymi w rozdziale I pkt 5 lit c) tj. Inter Cars S.A. zaoferował niezgodne z wymogami SIWZ części zamienne o porównywalnej jakości - bowiem nie są to części zamienne, których producent zaświadczył, że są one tej samej jakości, co komponenty, które są lub były stosowane do montażu danych pojazdów samochodowych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zwłaszcza po otrzymaniu pisma Odwołującego z dnia 18 listopada 2020 roku oraz wyjaśnień Inter Cars S.A. z dnia 28 stycznia 2021 roku, bezpodstawnie zaniechał na etapie badania i oceny ofert respektowania wymagań, które sam określił SIWZ oraz tych, które przewidziane zostały w przepisach ustawy Pzp.

Zamawiający nie ma bowiem prawa oceniać ofert w oderwaniu od zasad określonych w SIWZ oraz ustawie PZP czy w oparciu o założenia tam niezapisane. Wobec tego, określone w SIWZ wymagania Zamawiającego powinny determinować badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu. Także Zamawiający jest nimi związany i nie może ich ignorować. Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ i po otwarciu ofert. Zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2007/12).

Powyższe zdaniem Odwołującego, wypełnia przesłanki odrzucenia oferty złożonej przez Inter Cars S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zaznaczenia wymaga, co podkreśla również KIO w uzasadnieniu przytoczonego w treści niniejszego pisma wyroku, że w świetle stwierdzonych nieprawidłowości w ofercie Inter Cars S.A., nie znajdzie zastosowanie instytucja wyjaśnień treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1, a to z uwagi na okoliczność, iż wszczynanie procedury wyjaśnień jest niedopuszczalne, w sytuacji gdy treść oferty wskazuje na niespełnianie wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższych uwag, stwierdzić należy, iż Zamawiający niezasadnie nie dokonał odrzucenia oferty Inter Cars S.A i naruszył tym samym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, gdyby bowiem Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił treść dokumentów złożonych w postępowaniu i postępował zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to winien postępowanie to unieważnić i wszcząć kolejne, dając tym samym możliwość Odwołującemu i innym wykonawcom ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 5 marca 2021 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Inter Cars. S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 18 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Podkreślenia wymaga, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie należy utożsamiać wyłącznie z „danym postępowaniem”. Ustawodawca posługuje się określeniem „interesu w uzyskaniu zamówienia”, które jest pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie każde postępowanie kończy się udzieleniem zamówienia. Zamówienie może zostać udzielone w wyniku przeprowadzenia kilku postępowań, z których dopiero ostatnie, może zakończyć się udzieleniem zamówienia. Jeżeli zatem Odwołujący wykaże, że w wyniku odrzucenia wszystkich ofert – których następstwem będzie unieważnienie postępowania i wszczęcie ponownego postępowania w danym przedmiocie zamówienia, Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia, to w ocenie Izby okoliczność ta stanowi wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Inter Cars S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, dowody złożone podczas rozprawy a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez, bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie oferowanych przez Przystępującego wahaczy do samochodu Hyundai I30 85 kW 1582ON 2011 przykładowy VIN TMADB81SAC...382, wskazanych w poz. 41 i 42 formularza cenowego, w ocenie Izby nie można uznać że odpowiedź Przystępującego z dnia 28 stycznia 2021 potwierdziła, że oferowane przez niego wahacze produkcji Magneti Marelli odpowiadają częściom oryginalnym, wskazanym w precyzyjnie sformułowanym zapytaniu Zamawiającego.

Przystępujący zaoferował wahacze, które pasują do samochodów wyprodukowanych w okresie 10/2007-11/2011, opierając się wyłącznie na dacie produkcji samochodu, bez odniesienia się do pozostałych informacji zakodowanych w nr VIN. Załączona do wyjaśnień

karta katalogowa Magneti Marelli dla Hyundai i30 FD potwierdza, że przedmiotowe wahacze, stanowią odpowiedniki dla części oryginalnych o numerach OE 545012H000 (prawy) i OE 545002H000 (lewy) a nie dla części oryginalnych o numerach OE 545012R000 i OE 545002R000, o które pytał Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2021 r. skierowanych do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (różnica dotyczy oznaczenia literę H, zamiast R).

Z oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela marki Hyundai (ASO Hyundai) – MM Cars Sp. z o.o. (stanowiącego załącznik do odwołania) udzielonego w oparciu o dane samochodu wraz z numerem VIN, wynika że wahacze do ww. samochodu (o nr OE wskazanych również przez Zamawiającego w zapytaniu do Przystępującego) nie posiadają swoich zamienników występujących pod innymi numerami OE Hyundai. Ponadto, z oświadczenia przedstawiciela Magneti Marelli, którego wahacze oferuje Przystępujący wynika, że Magneti Marelli nie produkuje i nie oferuje odpowiedników wahaczy o nr OE 545012R000 i OE 545002R000.

Ponadto, z oświadczenia pracownika Zamawiającego (notatka służbowa dot. Postępowania na zakup części z dnia 3 marca 2021 r.) załączonego do odpowiedzi na odwołanie oraz z dowodu złożonego przez Przystępującego podczas rozprawy wynika jednoznaczne potwierdzenie, że Przystępujący oferuje wahacze odpowiadające nr OE 545012H000 i OE 545002H000 zamiast OE 545012R000 i OE 545002R000.

Za niezasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego przywołaną w odpowiedzi na odwołanie (str. 3), zgodnie z którą *Zamawiający w tabeli stałej załącznika nr 3 do SIWZ nie wymagał podania nr OE oferowanych części, a jedynie producentów danych części. Tym samym zarzut Odwołującego, iż Producent Magneti Marelli nie produkuje wahaczy do nr OE 545002R000 i OE 545012R000 jest nietrafiony. Magneti Marelli produkuje wahacze oznaczone nr 545012H000 i OE 545002H000, które są zamiennikami oryginalnych wahaczy do tego typu samochodu.*

Podkreślenia wymaga, iż w treści SIWZ Zamawiający nie posługiwał się nr OE, jednak nie można pominąć okoliczności, że już w wyjaśnieniach treści oferty skierowanych zarówno do Przystępującego jak i do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, sformułował precyzyjne pytania, wskazując na konkretne nr OE i w oparciu o wskazane nr OE, oczekiwał wyjaśnień wykonawców.

W zakresie wahaczy do Hyundai I30 85 kW 1582ON 2011r. przykładowy nr VIN TMADB81SAC...382, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy wskazany producent Magneti Marelli produkuje zaoferowane (przez Przystępującego) odpowiedniki części oryginalnych o nr OE 545002R000 i OE 545012R000.

Powyższe potwierdza fakt posłużenia się przez Zamawiającego nr OE identyfikującego produkt, w sytuacji w której treść złożonych ofert budziła jego uzasadnione wątpliwości co do

zgodności oferty z treścią SIWZ. Celem wyjaśnień miało być potwierdzenie czy wskazany przez Przystępującego producent produkuje części przeznaczone do pojazdu, do którego mają zostać zamontowane zgodnie ze wskazaniami w SIWZ.

Zamawiający nie wymagał podania nr OE dla części, jednak wymagał odniesienia się do nr OE, i to właśnie sam Zamawiający oczekiwał wyjaśnień treści oferty w oparciu o tak przeprowadzoną identyfikację części. Ponadto, na tej podstawie Odwołujący wykazał, że wahacze oferowane przez Przystępującego, nie są przeznaczone do wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ pojazdów, co potwierdza ich niezgodność z treścią SIWZ. Co więcej, Odwołujący przedłożył dowód, w postaci raportu z badań porównawczych elementów zawieszenia pojazdu dla wahaczy o nr OE 545002R000 i OE 545012R000 oraz OE 545002H000 i OE 545012H000 – oferowanych przez Przystępującego, sporządzony przez rzeczoznawcę samochodowego. Raport wskazuje na różnice konstrukcyjne pomiędzy badanymi wahaczami, co uniemożliwia ich stosowanie jako zamienników. Podkreślenia wymaga, iż ani Zamawiający ani Przystępujący nie kwestionowali różnic konstrukcyjnych ww. produktów, ani też nie wskazywali, że zmiana konstrukcyjna nie ma wpływu na możliwość zastosowania wahaczy o nr OE 545002H000 i OE 545012H000 w samochodach wskazanych w SIWZ, dla których miały być przeznaczone.

Stanowisko Zamawiającego, iż *Magneti Marelli produkuje wahacze oznaczone nr OE 545012H000 i OE 545002H000, które są zamiennikami oryginalnych wahaczy do tego typu samochodu*, jest całkowicie nieuzasadnione, nie poparte żadnymi dowodami i stoi w sprzeczności z oświadczeniem przedstawiciela Magneti Marelli, z którego wynika, iż Magneti Marelli, nie produkuje i nie oferuje wahaczy, stanowiących odpowiednik wahaczy o nr OE 545002R000 i OE 545012R000. Podkreślenia wymaga, że Przystępujący również nie wykazywał, aby wahacze o nr OE 545012H000 i OE 545002H000 stanowiły zamienniki dla wahaczy o nr OE 545002R000 i OE 545012R000. Wydruk z katalogu niezależnego importera, załączony przez Przystępującego do wyjaśnień z dnia 28 stycznia 2021 r., zgodnie z którym dla ciągu znaków: 545002R000 i 545012R000, wyszukiwarka przypisała pasujące produkty jako odpowiednio: 54500-2H000(Z) i 54501-2H000(Z) nie stanowi dowodu na potwierdzenie że wahacze o nr OE545012H000 i OE 545002H000 są odpowiednikami wahaczy o nr OE 545002R000 i OE 545012R000.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, iż w zakresie oferowanych wahaczy dolnych przedniego zawieszenia (prawy i lewy), Przystępujący zaoferował produkt, który nie jest przeznaczony do samochodu Hyundai I30 85 kW 1582ON 2011r. przykładowy nr VIN TMADB81SACJ090382 wskazanego w SIWZ, tzn. zaoferowany produkt który nie jest zgodny z treścią SIWZ.

Tożsąmą argumentację należy przywołać co do tulei wahacza do samochodu Hyundai I30 85 kW 1582ON 2011 przykładowy nr VIN TMADB81SAC...382, wskazanej w pozycji 43 formularza cenowego. Odpowiedź Przystępującego z dnia 28 stycznia 2021 r. wskazuje, że oferuje on tuleje do pojazdów wyprodukowanych w okresie 10.2017-06.20112, producenta Delphi. Załączony wydruk z katalogu Delphi Technologies wskazuje, że jest to tuleja wahacza dolnego LH/RH o nr TD899W (choć nie wynika to z treści odpowiedzi). Jednakże dowód złożony podczas rozprawy przez Przystępującego, potwierdził iż chodzi o tuleję o nr TD899W.

Z oświadczenia przedstawiciela ASO Hyundai wynika, że tuleje do wskazanego pojazdu Hyundai I30 85 kW 1582ON 2011 przykładowy nr VIN TMADB81SAC...382 występują w oryginale tylko i wyłącznie pod nr OE Hyundai 545512R000, oraz że nie posiadają zamienników występujących pod innymi numerami (powyższy nr OE został wskazany w zapytaniu z dnia 20 stycznia 2021 r. przez Zamawiającego). Ponadto dokumentacja techniczna załączona do odpowiedzi na odwołanie, na podstawie której Zamawiający zweryfikował zgodność oferowanej tulei z wymaganiami w treści SIWZ, wskazuje jednoznacznie na numery katalogowe oryginału, tj: Hyundai54551-2E000 i Hyundai 54551-2H000. Nie znajduje się wśród nich nr OE 545512R000, do którego odwołał się Zamawiający w wezwaniu Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty z dnia 20 stycznia 2021 r. Z załączonego do odpowiedzi na odwołanie oświadczenia pracownika Zamawiającego (Notatka służbowa z dnia 4 marca 2021 r) wynika jedynie, że część o nr. katalogowym TD899W produkowana jest przez Delphi i jest w ciągłej sprzedaży. Dowód złożony przez Przystępującego podczas rozprawy potwierdza również dostępność części o nr. katalogowym TD899W.

Wskazać należy, że nie znajduje oparcia w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 28 stycznia 2021 r. stanowisko Zamawiającego przytoczone w odpowiedzi na odwołanie (str. 3), zgodnie z którym: *z wyjaśnień i wyciągu z katalogu Producenta DELPHI wynika, iż tuleja pasująca do pojazdu opisanego przez Zamawiającego tj. pojazdu Hyundai i30 85 kW 1582ON 2011 przykładowy VIN TMADB81SAC...382 jest w ofercie tego producenta. Tym samym zaoferowany pod poz. 43 zamiennik oryginalnej części pasuje do wskazanego pojazdu*".

Zgodnie z ustaleniami Izby, w odpowiedzi z dnia 28 stycznia 2021 r. Przystępujący oparł się wyłącznie o datę produkcji pojazdu, a nie jego identyfikację poprzez odniesienie do nr VIN, i na tej podstawie wskazał w poz. 43 formularza, producenta Delphi. Odniesienie się wyłącznie do daty produkcji pojazdu i na tej podstawie wskazanie produktu właściwego, w ocenia Izby nie oznacza, iż będzie on właściwy dla pojazdów Zamawiającego o podanym w SIWZ nr VIN.

Stwierdzić należy, że zaprezentowana argumentacja Przystępującego oraz załączone dowody, poza odniesieniem się jedynie do roku produkcji, nie potwierdzają, że oferowane przez Przystępującego części odpowiadają częściom wymaganym przez Zamawiającego, tzn. że część produkcji Delphi o nr. katalogowym TD899W odpowiada części o nr OE 545512R000, właściwej dla pojazdu Hyundai I30 85 kW 1582ON 2011r. przykładowy nr VIN TMADB81SAC...382. Natomiast oświadczenie złożone przez przedstawiciela Hyundai – MM Cars Group, które Izba uznała za wiarygodne, jako złożone przez autoryzowanego przedstawiciela marki Hyundai, wskazujące że tuleja o nr OE 545512R000 nigdy nie posiadała i nie posiada zamienników, wręcz taką możliwość wyklucza.

Powyższe potwierdza zatem, że tuleja do wahacza przedniego wskazana przez Przystępującego w poz. 43 formularza cenowego nie jest zamiennikiem oryginalnej części o nr OE 545512R000, a tym samym nie może być przeznaczona do stosowania zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odnosząc się do amortyzatorów do pojazdu Kia Seed 92kW 1591PB 2011 r. przykładowy nr VIN: U5YHB512AC...194, wskazanych w poz. 66 i 67, Izba za wiarygodne uznała oświadczenie autoryzowanego dealera KIA, który odnosząc się do wskazanego przez Zamawiającego nr VIN, a nie jedynie do daty produkcji pojazdu, oświadczył, że nie ma technicznej możliwości zastosowania amortyzatorów wyprodukowanych do lipca 2009 r. do samochodu wskazanego przez Zamawiającego (nr VIN), z uwagi na zmiany konstrukcyjne przedniego zawieszenia. Natomiast z karty katalogowej załączonej do wyjaśnień z dnia 28 stycznia 2021 r. wynika, że Przystępując oferuje amortyzatory Magnum Technology o nr. AG0375KMT i AG0376KMT wyprodukowane po lipcu 2009 r. odpowiadające oryginalnym częściom KIA nr OE 546611H700 oraz OE 546511H500 w odniesieniu wyłącznie do okresu produkcji pojazdu.

W ocenie Izby, w zestawieniu z oświadczeniem złożonym przez autoryzowanego dealera KIA, Karta katalogowa nie stanowi potwierdzenia, że zaoferowane amortyzatory są właściwe dla pojazdów Zamawiającego o wskazanym w SIWZ nr VIN, zwłaszcza że Odwołujący wskazał różnice konstrukcyjne w budowie amortyzatorów oferowanych przez Przystępującego a amortyzatorów oryginalnych. Podkreślenia wymaga również, że podczas rozprawy, Przystępujący w żaden sposób nie odniósł się do kwestii amortyzatorów, ani do zmian w ich budowie, czym potwierdziłby możliwość zamontowania oferowanych amortyzatorów w samochodach Zamawiającego wskazanych w SIWZ. Argumenty Odwołującego dotyczące braku możliwości zidentyfikowania oferowanych przez Przystępującego amortyzatorów, posługując się ich numerem (wskazanym w załączonej przez Przystępującego w karcie katalogowej) również nie znalazły żadnego odniesienia ze strony Przystępującego ani Zamawiającego. Brak możliwości odnalezienia oferowanych amortyzatorów w katalogach wskazanego producenta, brak możliwości zidentyfikowania

załączonej karty katalogowej, informacja od przedstawicieli Inter Cars o braku w ich katalogu zamienników dla części o nr OE 546611H700 oraz OE 546511H500 a także o braku części o nr AG0375KMT i AG0376KMT (Przystępujący wskazał że producent amortyzatorów należy do grupy Inter Cars S.A) oraz pozostawienie tej kwestii całkowicie bez odniesienia się do niej ze strony Przystępującego, który oferuje ten konkretny produkt, należy uznać za co najmniej wątpliwe.

Ponadto Odwołujący wykazał, że na rynku istnieją produkty o nr AG0375MT i AG0376MT (brak w oznaczeniu litery K) natomiast Przystępujący nie podnosił, że w złożonej karcie katalogowej została popełniona omyłka pisarska.

Wobec powyższego, za wiarygodny i wykazany Izba uznała zarzut Odwołującego, zgodnie z którym treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. W zakresie amortyzatorów Przystępujący nie wykazał, że oferowane przez niego produkty, mogą być przeznaczone do stosowania zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

W odniesieniu do bębnow hamulcowych dla pojazdu Skoda Rapid 77kW 1197PB 2014r przykładowy nr VIN TMBAN6NH9F...493, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na brak powiązania części produkowanych przez LPR z oryginalnym numerem tej części, co wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Pismem z 20 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie, czy wskazany w ofercie dla ww. pozycji producent tj.: LPR produkuje zaoferowane odpowiedniki części oryginalnych o nr. OE 6R0609617F lub OE 6R0609617B.

W odpowiedzi z dnia 28 stycznia 2021 r. Przystępujący wyjaśnił, że zaoferowany bęben jest przeznaczony do pojazdu Zamawiającego, nie widnieje w katalogu producenta, ale znajduje się w ofercie producenta LPR. Do wyjaśnień Przystępujący załączył korespondencję z przedstawicielem firmy LPR, z której ma wynikać, iż produkt jest dostępny w firmie LPR lecz w związku z sytuacją związaną z pandemią, na dzień dzisiejszy towar ten jest niedostępny w magazynie. Wskazał również, że przewidywana dostępność bębna firmy LPR to maksymalnie czerwiec 2021 r. Dodał, że brak produktu spowodowany jest ograniczeniami związanymi z pandemią (kwarantanny pracowników, zwolnienia itp.) czyli zjawiskiem siły wyższej, którą to sytuację przewidział Zamawiający przewidział w SIWZ.

W ocenie Izby, Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na precyzyjnie zadane przez Zamawiającego pytanie. Nie wyjaśnił, czy wskazany w ofercie producent produkuje zamienniki dla części oryginalnych podanych przez Zamawiającego, lecz jedynie potwierdził, że oferowany bęben hamulcowy firmy LPR jest przeznaczony do wskazanego pojazdu Zamawiającego. Ponadto załączona korespondencja z przedstawicielem LPR nie potwierdza chwilowego braku dostępności w magazynie produktu z uwagi na panującą pandemię, lecz jego dostępność w czerwcu 2021 r, bez odniesienia się do przyczyn. Argumentacja

Zamawiającego, z godnie z którą: *z przedłożonej zamawiającemu korespondencji z Producentem LPR wynika, iż bęben hamulcowy jest już produkowany przez LPR*, nie znajduje potwierdzenia w treści powyższej korespondencji i stanowi nieuprawnioną nadinterpretację ze strony Zamawiającego.

Powyższe, zdaniem Izby nie może stanowić potwierdzenia, że Przystępujący na dzień składania ofert oferuje produkt, przeznaczony do zastosowania zgodnie ze wskazaniem w SIWZ. Ponadto korespondencja z przedstawicielem producenta nie potwierdza, iż na dzień składania ofert produkt taki był dostępny. Również i do tego zarzutu Przystępujący nie odniósł się w żaden sposób podczas rozprawy, całkowicie pomijając argumentację Odwołującego co do braku możliwości zidentyfikowania produktu, na który powołuje się Przystępujący.

W ocenie Izby z treści złożonej oferty oraz wyjaśnień nie wynika, aby Przystępujący oferował produkt, którego przeznaczenie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Reasumując, Izba wskazuje, że treść oferty wraz z jej wyjaśnieniami na podst. art. 87 ust. 1 Pzp, do których udzielenia wzywał Zamawiający, stanowi podstawę do oceny czy jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunkach zamówienia. W ocenie Izby, w pozycjach kwestionowanych przez Odwołującego, Przystępujący nie zaoferował produktów zgodnych z wymogami SIWZ, tzn. produktów przeznaczonych do zamontowania w pojazdach wskazanych przez Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, (pomimo, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ podania nr OE dla oryginalnej części), że zarzut postawiony przez Odwołującego nie dotyczy braku podania nr OE, a dotyczy niezgodności we wskazanych pozycjach formularza cenowego, oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Natomiast poprzez odniesienie się do konkretnego nr OE można potwierdzić lub wyeliminować kwestionowaną niezgodność.

Wobec powyższego, w ocenie Izby Odwołujący wykazał słuszność stawianego zarzutu, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 91 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, wskazać należy, iż ich uwzględnienie jest konsekwencją uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp naruszył zasady wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W powyższych okolicznościach należało zatem orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.600,00 zł stanowiącą wynagrodzenie jednego pełnomocnika.

Przewodniczący: