

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Spółka z o.o. z siedzibą w Szczucinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie**,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Spółka z o.o. z siedzibą w Szczucinie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Spółka z o.o. z siedzibą w Szczucinie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Spółka z o.o. z siedzibą w Szczucinie** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Wykonawca Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Spółka z o.o. z siedzibą w Szczucinie, zwany odwołującym, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 193.000 euro. Przedmiotem postępowania są dostawy pn. „Zakup wraz z dostawą do siedziby zamawiającego smarów stałych oraz płynów służących do eksploatacji pojazdów samochodowych dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie” - nr sprawy TZ/TT/11 /2011.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 07.11.2011 r., poz. 367274.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej Pzp, polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania nr 2,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.P.H.OLPAK Sp. z o.o.,
- 3) prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.P.H.OLPAK Sp. z o.o.,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty złożonej przez Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Sp. z o.o.,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

Stwierdził, że czynności zamawiającego naruszają art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że zamawiający odrzucił ofertę na podstawie

art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną SIWZ.

Jako uzasadnienie czynności zamawiający wskazał, że w pkt 12.12.c SIWZ wymagał by wykonawca oferujący produkty równoważne załączył do wypełnionego załącznika nr 6a- 6b SIWZ zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli produktów wyspecyfikowanych w załączniku nr 1a-1b. Ponadto wskazał, że wykonawca mógł zamiast zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości złożyć zaświadczenie równoważne. Przez zaświadczenie równoważne zamawiający rozumiał np. dokumenty wystawione dla każdego zaoferowanego produktu równoważnego potwierdzające, że producenci samochodów ciężarowych marki DAF, KIA, Man, Mercedes, Mitsubishi, Opel, Renault, Volvo, Ford, dopuszczają stosowanie oferowanych przez wykonawcę równoważników i dokonają nieodpłatnych napraw w ramach udzielonej gwarancji jakości, których przyczyną powstania mogłoby być zastosowanie zamienników oferowanych przez wykonawcę, jako produkty równoważne.

W dalszej części uzasadnienia zamawiający wskazał, że wykonawca nie załączył do oferty niezbędnych dokumentów potwierdzających, że oferowany produkt równoważny Platinum Ultor Plus 15W-40 spełnia wymagania produktu żądanego przez zamawiającego. Zamawiający posiada m.in. pojazdy wyprodukowane w 2009 r. i w 2011 r. wyposażone w silniki Diesla, które zostały zalane olejami Mobil Delvac i olej ten jest rekomendowany do stosowania przy wymianach serwisowych w tych pojazdach.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 8 listopada 2011 r. jeden z wykonawców zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie m.in. treści pkt 12 SIWZ, uzyskując odpowiedź zamawiającego, że zamieszczenie w SIWZ wymogu, iż zamawiający żąda zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości wydanego przez konkretny podmiot, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Powołując się na art. 30 ust. 5 Pzp, zamawiający podał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie oferując produkt równoważny obowiązani są wykazać, że oferowane przez nich produkty spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący uznał, że obowiązek wykazania równoważności produktu przez wykonawcę może być spełniony w jakikolwiek sposób na etapie składania ofert, pozwalający zamawiającemu jednoznacznie stwierdzić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący złożył wraz z ofertą:

- kartę charakterystyki preparatu wg rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13.11.2007 r.,
- pisemną informację z Działu Badań i Rozwoju ORLEN OIL w przedmiocie wskazania, że oleje silnikowe i przekładniowe samochodowe ORLEN OIL są zamienne i mieszane z olejami silnikowymi i przekładniowymi renomowanych firm krajowych i zachodnich, w tych samych

klasach lepkości i kategoriach jakości tj. Platinum Ultor Plus 15W/40 z Mobil Delvac MX 15 W/40 oraz

- szereg aprobat dla oleju do silników wysokoprężnych posiadającego oznaczenie Platinum Ultor Plus 15W/40 m.in. od AVIA ASHOK LEYLAND, Commins Inc, MAN Nutzfahrzeuge, Daimler, MTU Friedrichshafen GmbH, Volvo, TEDOM, utrzymując, że pozwoli to zamawiającemu ocenić równoważność produktu, mimo braku wymaganych dokumentów żądanych w SIWZ.

Powołując się na orzecznictwo dotyczące równoważności produktów, podniósł zarzuty wobec opisu przedmiotu zamówienia i sposobu potwierdzania równoważności produktu.

Odwołujący podał, że przyjęte w dniu 17 listopada 2010 r. poprawki do Europejskiego Rozporządzenia Euro 5/6, obowiązujące z Rozporządzeniem o Wyłączeniach Blokowych w Motoryzacji (461/2010 z 1 czerwca 2010 r., „nowe GVO”), jako akty prawa Unii Europejskiej stanowią na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wprost obowiązujące źródło prawa, przewyższające w hierarchii stosowanie prawa polskiego.

Stwierdził, że celem regulacji organów unijnych było zagwarantowanie dostępu do tańszych części i podzespołów motoryzacyjnych i usług serwisowych. Wraz z wprowadzeniem w życie Dyrektywy GVO (oraz dyrektywy 461/2010, czyli tzn. „nowe GVO”) ograniczone zostały w Polsce monopolistyczne prawa koncernów samochodowych dotyczące serwisowania samochodów w okresie gwarancyjnym.

Na mocy porozumienia wewnątrzspółnotowego - w Polsce rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję - oleje silnikowe uznane zostały za części zamienne i mogą występować jako „części o porównywalnej jakości”.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący stwierdził, że zamawiający winien określić w SIWZ parametry żądanego oleju przez wskazanie klasy jakości i klasy lepkości.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógłby ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż spośród czterech wykonawców, którzy złożyli oferty na zadanie nr 2, złożył ofertę z najniższą ceną. Zatem, spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wymagał w SIWZ w pkt 12.12.c, w przypadku oferowania produktów

równoważnych w zadaniu nr 2, załączenia do wypełnionego załącznika nr 6b – zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że oferowane przez wykonawcę produkty równoważne odpowiadają specyfikacjom technicznym produktów wyspecyfikowanym w załączniku nr 1b. Zamiast takiego zaświadczenia wykonawca mógł złożyć zaświadczenie równoważne. Zamawiający określił, że przez zaświadczenie równoważne rozumie np. dokumenty wystawione dla każdego zaoferowanego produktu równoważnego potwierdzające, że producenci samochodów ciężarowych marki DAF, KIA, Man, Mercedes, Mitsubishi, Opel, Renault, Volvo, Ford, dopuszczają stosowanie oferowanych przez wykonawcę równoważników i dokonają nieodpłatnych napraw w ramach udzielonej gwarancji jakości, których przyczyną powstania mogłoby być zastosowanie zamienników oferowanych przez wykonawcę, jako produkty równoważne.

W odpowiedzi na pytanie (nr 4 z dnia 8 listopada 2011 r.) innego wykonawcy dotyczące postanowień pkt 12 SIWZ, zamawiający wyjaśnił, że wskazanie nazwy konkretnego podmiotu uprawnionego do wydania zaświadczenia mogłoby naruszyć zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Podał, że zgodnie z art. 30 ust. 4 (prawidłowe oznaczenie 5) Pzp, na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferowane przez niego produkty równoważne spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący zaoferował w załączniku nr 6b „Kalkulacja ceny oferty zadanie nr 2”, w czternastu pozycjach oleje, płyny i smary. W pozycji 9 zamiast żądanego oleju silnikowego MOBIL DELVAC 15W / 40 (208L) zaoferował jako produkt równoważny Platinum Ultor Plus 15W-40.

Załączył materiały (w języku polskim lub przetłumaczone na język polski): z ORLEN OIL - informację Działu Badań i Rozwoju wskazującą zamienność i mieszalność wymaganego i oferowanego oleju w tych samych klasach lepkości i kategoriach jakości (str. 24 oferty) i charakterystykę oferowanego produktu (str. 25-26 i 27-33 oferty); stanowisko firmy Cummins (13.10.2008 r.) dot. zgodności ze specyfikacją CES 20078 olejów silnikowych (str. 36 oferty); firmy MAN prolongatę aprobaty (str. 38); firmy Daimler AG aprobatę MG (str. 40 i 42); firmy VOLVO specyfikację smarów oraz wniosek o aprobatę VDS-3 (str. 46 i 50).

Na rozprawie, wskazując klasy lepkości i kategorie jakości, właściwości fizyczne i chemiczne produktu, temperatury zapłonu i płynięcia oraz lepkość kinematyczną, podał, że oferuje równoważnik o parametrach równych lub wyższych od wymaganych przez zamawiającego.

Zamawiający podważając stanowisko odwołującego, wskazał załącznik nr 6b do SIWZ – kalkulacja ceny oferty zadanie nr 2, podnosząc, że pod tabelą w części „uwaga” tiret 2,

zamawiający wymagał, w przypadku oferowania produktów równoważnych, załączenia do wypełnionego załącznika 6b SIWZ, po pierwsze, zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że oferowane przez wykonawcę produkty równoważne odpowiadają specyfikacjom technicznym produktów wskazanych w załączniku nr 1b; po drugie, wykonawca mógł zamiast zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości złożyć równoważne zaświadczenie, np. dokumenty potwierdzające, iż producenci samochodów ciężarowych marki DAF, KIA, MAN, Mercedes, Mitsubishi, Opel, Renault, VOLVO, Ford – będących obecnie w posiadaniu MPO Sp. z o.o. dopuszczają stosowanie oferowanych przez wykonawcę równoważników i dokonują nieodpłatnych napraw w ramach gwarancji jakości, których przyczyną powstania mogłoby być zastosowanie zamienników zaoferowanych przez wykonawcę jako produkt równoważny.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż parametry oleju wymaganego przez zamawiającego są gorsze niż parametry oferowanego oleju przez odwołującego i odwrotnie, nie wykazał, iż jego produkt ma parametry równoważne parametrom produktu wskazanego przez zamawiającego.

W zakresie porównania treści oferty z treścią SIWZ zamawiający podał, że oceniał materiały zamieszczone na str. 24 oferty łącznie z materiałami ze str. 27 - 33. Oświadczył, że nie są to zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a producenci nie potwierdzają wymagań wskazanych w SIWZ. Uznał, że nie może być takim dokumentem informacja zawarta na str. 24 oferty podpisana przez samodzielnego referenta do spraw rozwoju i produktów z Działu Badań i Rozwoju ORLEN OIL, gdyż nie jest zaświadczeniem podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, lecz dokumentem producenta. Podmiotem uprawnionym byłby np. Instytut Nafty i Gazu.

Przedstawione na str. 30 właściwości fizyczne i chemiczne, omawiane przez odwołującego, w ocenie zamawiającego, nie do końca odpowiadają wymogom równoważności. Certyfikat MB DAIMLER (str. 42) nie potwierdza również wymagań zamawiającego. Począwszy od str. 36 nie wskazano w żadnym dokumencie dokonywania nieodpłatnych napraw w ramach udzielonych gwarancji, zgodnie z opisem zawartym w załączniku 6b, tiret 2 pod tabelą. Odnosząc się do powoływania się przez odwołującego na nowe GVO, stwierdził, że z postanowień tych nie wynika potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ.

Zamawiający wykazał, na podstawie opinii Tomasza K. rzeczoznawcy samochodowego - certyfikat CCR PZM nr 440 z dnia 15 grudnia 2011r. (opracowanie przyjęte jako stanowisko strony), iż w punkcie 2. „Porównanie parametrów jakościowych przedmiotowych olejów silnikowych” w tabeli 1, w pozycji 5 podano parametr jakościowy podlegający ocenie –

CATERPILLAR - dla oferowanego przez odwołującego oleju ECF-1a (norma z 1998r.) i dla oleju zamawianego ECF-2 (norma z 2003r.). W punkcie 3. „Charakterystyka fizykochemiczna olejów”, tabela 2, różnica w olejach występuje w pozycjach 4 i 5, a mianowicie pozostałość po spopieleniu [wt%] D874 żądana przez zamawiającego wynosi 1,1%, natomiast oferowana przez odwołującego 1,4%, co oznacza, że pozostałość po spopieleniu produktu oferowanego przez odwołującego jest wyższa o 27% (pozycja 4).

Odnosnie liczby zasadowej TBN, [mg KOH/g] ASTM D2895, wartość żądana wynosi 10, oferowana 11,2 (pozycja 5). Wskazano, że wyższa wartość jest niekorzystna dla zamawiającego, gdyż jest to parametr charakteryzujący zdolności myjąco-dyspergujące oleju, co oznacza, że jest większa wyplukiwalność nagaru, więc wyższy parametr powinien być stosowany w nowych pojazdach, a nie częściowo zużytych, takich jakie posiada zamawiający. W końcowych wnioskach rzeczoznawca stwierdził, że zamawiany przez zamawiającego olej posiada lepsze parametry jakościowe w stosunku do oleju oferowanego przez odwołującego. Podniósł, że ocenę parametrów fizykochemicznych olejów należy odnieść do parku maszynowego jakim dysponuje zamawiający – w przeważającej mierze pojazdy w wysokim stopniu zużycia pracujące w trudnych warunkach eksploatacyjnych, zatem olej Mobil Delvac MX 15W40 lepiej jest dostosowany do taboru samochodowego zamawiającego.

Odwołujący złożył 4-ro stronicowe opracowanie pt. „Porównanie z olejami Mobil” zawierające porównanie oleju – zamawianego i oferowanego w 4 najważniejszych parametrach fizykochemicznych i podniósł, że w 2 parametrach oferowany produkt jest zdecydowanie lepszy, a w 2 na identycznym poziomie z zamawianym (opracowanie zakwestionowane przez odwołującego - ze względu na brak podpisu nie stanowi dokumentu).

Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwstawnych stanowisku zamawiającego, utrzymując, że zaświadczeniem podmiotu uprawnionego do kontroli jakości jest dokument producenta ORLEN OIL wymieniony na str. 24 oferty.

Oświadczył, że zaoferował produkt równoważny w pozycji 9 formularza cenowego. Nie załączył jednak dokumentu wymaganego w ostatnim zdaniu punktu 12.12c SIWZ. Jako powód wskazał brak możliwości uzyskania takiego dokumentu, gdyż producenci nie wystawiają dokumentów o żądanej treści. Potwierdził, że faktu tego nie kwestionował na etapie składania ofert.

Odwołujący potwierdził, że również nie kwestionował postanowień SIWZ, nie zgłaszał żadnych wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia, czy sposobu wykazania równoważności oferowanego produktu (np. trybie art. 181 ust. 1 Pzp). Podważył wskazany zakres na etapie wnoszenia odwołania od czynności odrzucenia oferty (wartość zamówienia



jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - art. 180 ust. 2 Pzp).

W ocenie Izby, udzielone wyjaśnienia dotyczące postanowień SIWZ nie zmieniły pkt 12.12.c. Zatem, wykonawca oferując produkt równoważny, był zobowiązany wykazać równoważność w sposób opisany w SIWZ. Brak jest podstaw do uznania, wbrew stanowisku odwołującego zawartym w odwołaniu, że równoważność mogła być potwierdzona w jakikolwiek sposób. Odwołujący oferując produkt równoważny nie załączył wymaganych w SIWZ dokumentów, co zostało potwierdzone na rozprawie.

Izba mając na uwadze, że przepis art. 30 ust. 5 Pzp stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, podziela pogląd, że skoro w SIWZ zostały przedstawione zasady potwierdzania równoważności, niezakwestionowane chociażby przez zadawanie pytań lub zgłaszanie wniosków o zmianę postanowień, wykonawca deklarujący udział w postępowaniu, zobowiązany jest do sporządzenia oferty w sposób wymagany w SIWZ.

SIWZ jest jednym z najważniejszych dokumentów zamawiającego na podstawie, których wykonawca przygotowuje ofertę. Postanowienia SIWZ stanowią podstawę badania, oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba podziela przyjętą linię orzecniczą w przedmiocie oceny rozwiązań równoważnych, w tym wynikającą z wyroków, m.in. z dnia 29 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1982/10 w którym Izba uznała, że *„Na wykonawcy składającym ofertę równoważną ciąży obowiązek dowodowy. Obowiązkiem zamawiającego, na etapie konstruowania siwz, jest wyłącznie wskazanie, w jaki sposób będzie porównywał ofertę równoważną”*; z dnia 11 sierpnia 2010 sygn. akt KIO/UZP 1587/10 Izba orzekła, że *„Wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwi uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.”*

Odwołujący nie potwierdził równoważności oferowanego oleju zaświadczeniem podmiotu uprawnionego do kontroli jakości lub zaświadczeniem równoważnym opisanym w pkt 12.12.c SIWZ. Dokumenty zastępcze załączone do oferty i odwołania, w świetle przekonującej oceny technicznej przedstawionej przez zamawiającego, przy braku dowodu przeciwnego ze strony

odwołującego, nie stanowiły wystarczającej podstawy do stwierdzenia, że olej w pełni odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, dysponującego parkiem maszynowym – w przeważającej mierze pojazdami w wysokim stopniu zużycia, pracującymi w trudnych warunkach eksploatacyjnych.

Na podstawie przedstawionych ustaleń, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 oraz w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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), uwzględniając uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, nie wyższe niż 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:**