

Sygn. akt: KIO 372/14

**WYROK**  
**z dnia 11 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                      **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant:**                              **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2014 r. przez wykonawcę **FERRIT s.r.o., ul. Harcovska 1476, 73911 Frydlant nad Ostravici** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale wykonawcy **W..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BTH Biuro Techniczno-Handlowe W..... K....., ul. Starej Baśni 2, 43-300 Bielsko-Biała**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FERRIT s.r.o., ul. Harcovska 1476, 73911 Frydlant nad Ostravici** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FERRIT s.r.o., ul. Harcovska 1476, 73911 Frydlant nad Ostravici** tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę części zamiennych do kolejek - Ferrit do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2013-2014”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Kompanię Węglową S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawca Ferrit s.r.o. złożył odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy BTH Biuro Techniczno-Handlowe W..... K.....(dalej „BTH”), zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wobec wyboru tej oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BTH, mimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie równoważności ofertowanych części zamiennych,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BTH w sytuacji braku spełnienia wymagań określonych w Załączniku nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) pkt B.4.3. oraz braku złożenia dokumentów, o których mowa w Załączniku 1 do SWIZ pkt C.3.4.,
3. art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty wykonawcy BTH, mimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy BTH oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego w zakresie zadania 36, 44, 57, 58, 75-79, 109, 110, 112-114, 120,132, 133,135, 136, 140, 146, 164, 166, 174, 176,183-188, 191-194,197,
2. obciążanie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że przedmiot zamówienia obejmuje 226 pozycji asortymentowych, a zamawiający dopuścił możliwość składania ofert obejmujących następujące kategorie części zamiennych:

1. oryginalne części zamienne,
2. katalogowe części zamienne,
3. certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych,
4. certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych.



Odwołujący podał także, że w przypadku oferowania certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych zamawiający wymagał złożenia następujących dokumentów:

- oświadczenie wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych lub katalogowych części zamiennych maszyny/urządzenia, której/którego przedmiot zamówienia dotyczy,
- oświadczenie producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych potwierdzające równoważność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub katalogowymi częściami zamiennymi maszyny /urządzenia, której/którego przedmiot zamówienia dotyczy, wskazujące zakres ich zastosowania w ściśle określonym rodzaju maszyny/urządzenia, tj. w kolejkach określonego producenta stosowanych w podziemnych zakładach górniczych,
- stosowne certyfikat(y) potwierdzający(e) zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i/lub przepisów, wydany/e (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące/jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji kolejek wskazujący(e) co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny / urządzenia, tj. w kolejkach stosowanych w podziemnych zakładach górniczych,
- DTR/Instrukcja użytkowania (stosowania) oferowanych części zamiennych zawierająca m.in. opis oraz rysunki umożliwiające identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca BTH złożył ofertę w zakresie certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych, załączając do oferty wymagane przez zamawiającego oświadczenia oraz certyfikaty, m.in. certyfikat wydany przez Fizyko-Techniczny Instytut Badawczy Ostrava-Radvanice nr FTZU 10 ATEX 0238 dotyczący tłokowego silnika spalinowego typu Ortas 100 (str. 58-60), certyfikat nr 1019-160/Z/2013 dotyczący dołowej lokomotywy podwieszanej hydraulicznej (str. 61-62) oraz opinię zawodową nr PO-101/2013 dotyczącą dostarczania części zamiennych i naprawy części zamiennych do górniczych lokomotyw podwieszanych (str. 63-67).

Odwołujący podał nadto, że pismem z dnia 13 lutego 2014 r. zamawiający poinformował go o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BTH dla następujących pozycji asortymentowych: 32, 36, 44, 57-62, 64-73, 75-79, 99,105, 107-110,112-114,120, 132, 133, 135-138, 140, 146, 164, 166, 174, 176, 183-188, 191-194, 197.

Wyjaśnił, że oferta odwołującego została sklasyfikowana w ww. pozycjach asortymentowych na drugim miejscu, poza pozycją 120, w której odwołujący nie złożył oferty.

Odwołujący podniósł, że wykonawca BTH złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie wymaganym przez zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ pkt C.3.4., ponieważ oferowane części zamienne nie są równoważne z częściami zamiennymi produkowanymi przez Ferrit, tj. producenta urządzeń, których dotyczy przedmiot zamówienia tj. kolejek spalinowych podwieszonych. Odwołujący uznał, że brak zbadania oferty w tym zakresie, a w konsekwencji jej wybór, stanowi naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że oferowane przez BTH części zamienne, których producentem jest czeska spółka Ortas m.in. nie posiadają wymiarów i/lub parametrów technicznych zgodnych z oryginalnymi częściami zamiennymi w następujących pozycjach asortymentowych: 36,44,57,75-78,174,176,183-5-186,188,191-194,197.

Na tej podstawie odwołujący uznał, że oferowane przez BTH części zamienne nie mogą zostać uznane za równoważne wobec oryginalnych części produkowanych przez Ferrit i nie mogą być stosowane jako części zamienne do kolejek produkcji Ferrit.

Odnosząc się do opinii zawodowej nr PO-101/2013 wydanej przez Fizyko-Techniczny Instytut Badawczy Ostrava-Radvanice stwierdził, że zgodnie z treścią pkt 3.1 tejże opinii spółka Ortas jest upoważniona jedynie do: „dostarczania części zamiennych do górniczych lokomotyw podwieszanych typu LZH 50 i LZH 120, których jest producentem i do innych typów lokomotyw podwieszanych, które wykorzystują zgodne części zamienne”, brak natomiast w tej opinii stwierdzenia, że wymienione w niej części zamienne mogą być stosowane w kolejkach produkcji Ferrit, brak także podstaw do stwierdzenia, że kolejki produkcji Ferrit „wykorzystują zgodne części zamienne”.

Podniósł, że zamawiający wymagał, aby wykonawca do oferty dołączył certyfikat potwierdzający *zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i/lub przepisów (...) wskazujący(e) co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny/urządzenia*, co zdaniem odwołującego oznacza, że odpowiedni certyfikat musi potwierdzać możliwość używania danych części zamiennych w ściśle określonych kolejkach, tj. kolejkach produkcji Ferrit, bowiem przedmiotem zamówienia jest dostawa części zamiennych do tych właśnie kolejek, a zamawiający nie może przyjąć certyfikatu, z którego nie wynika, iż dane części mogą być używane w kolejkach Ferrit (a jedynie w kolejkach „które wykorzystują zgodne części zamienne”, bez definicji tej „zgodności”).

Dodał, że jednostka certyfikująca produkty VVUU, a.s. Ostrava-Radvanice w piśmie z dnia 24 lutego 2014 roku, znak C0v/072/14 nie posiadała do dyspozycji odpowiednich informacji, z których by wynikało, że firma ORTAS - dulni s.r.o. narusza prawa przemysłowe osób trzecich i w związku z tym przystępuje do kontroli wewnętrznej w celu

wyjaśnienia zaistniałej sytuacji.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego z dnia 6 marca 2014 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN),
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferta wykonawcy BTH Biuro Techniczno-Handlowe W..... K..... (dalej „przystępujący”),
4. Wezwanie przystępującego z dnia 9 stycznia 2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Odpowiedź przystępującego z dnia 13 stycznia 2014 r. na ww. wezwanie.
6. Informacja o wynikach przedmiotowego postępowania z dnia 13 lutego 2014 r.

Izba dopuściła także:

1. Przedłożone przez odwołującego na rozprawie zestawienie tabelaryczne (Różnice wymiarowe na podstawie dostępnych rysunków konkurencji i dokumentacji firmy FERRIT).
2. Przedłożone przez przystępującego pismo producenta ORTAS-dulni s.r.o. z dnia 7 marca 2014 r.

Izba nie dopuściła złożonego przez odwołującego na rozprawie pisma z dnia 24 lutego 2014 r. dotyczącego opinii zawodowej, ponieważ pismo to nie zostało podpisane.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BTH Biuro Techniczno-Handlowe W..... K..... w sytuacji braku spełnienia wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt B.4.3. oraz braku złożenia dokumentów, o których mowa w Załączniku 1 do SWIZ pkt C.3.4., czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporny był fakt, że przystępujący złożył ofertę w zakresie certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych.

Odwołujący nie kwestionował kompletności złożonych przez przystępującego dokumentów, co wynika tak z treści odwołania („(...) złożył ofertę (...) załączając do oferty wymagane przez zamawiającego oświadczenia oraz certyfikaty” – str. 3), jak i zostało przez odwołującego potwierdzone na rozprawie („Odwołujący oświadcza, że nie kwestionował kompletności oferty przystępującego, uznając, że opinia zawodowa wydana przez Fizyko-Techniczny Instytut Badawczy Ostrava-Radvanice to żądany przez zamawiającego certyfikat”). Odwołujący zakwestionował natomiast w odwołaniu (uznając jak wskazano wyżej, że opinia zawodowa wydana przez Fizyko-Techniczny Instytut Badawczy Ostrava-Radvanice to żądany przez zamawiającego certyfikat), że opinia ta nie potwierdza, że „wymienione w niej części zamienne mogą być stosowane w kolejkach produkcji Ferrit, brak także podstaw do stwierdzenia, że kolejki produkcji Ferrit „wykorzystują zgodne części „zamienné” – str. 4).

Wskazać należy, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ lit. C pkt 3 ppkt 4) zamawiający zażądał, w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, złożenia – oprócz oświadczenia samego wykonawcy składającego ofertę, oświadczenia producenta certyfikowanych zamienników części zamiennych oraz dokumentów – DTR/Instrukcji użytkowania umożliwiających identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia, także złożenia stosownych certyfikatów potwierdzających zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i/lub przepisów wydanych odpowiednio do przedmiotu zamówienia przez jednostki certyfikujące/ jednostki notyfikowane akredytowane w określonym rodzaju maszyny/urządzenia, tj. w kolejkach stosowanych w podziemnych zakładach górniczych.

Przystępujący, poza certyfikatami zawartymi na stronach 50-54, 56-57, 58-60,61-62, załączył także na str. 63-67 swojej oferty Opinię zawodową nr PO-101/2013 wydaną przez producenta ORTAS-dulni s.r.o.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że bez wątplenia ww. opinia zawodowa,



wydana przez producenta ORTAS-dulni s.r.o. nie może być traktowana i uznawana za certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą / jednostkę notyfikowaną akredytowaną, nie może zastąpić oczekiwanego przez zamawiającego certyfikatu.

Odwołujący błędnie przyjął, iż opinia ta to certyfikat, którego żądał zamawiający i w konsekwencji bezpodstawnie oczekiwał, że opinia ta ma potwierdzać zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i/lub przepisów wydanych odpowiednio do przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że opinia zawodowa nie była dokumentem żądanym w przedmiotowym postępowaniu i nie na jej podstawie zamawiający oceniał ofertę przystępującego.

Z powyższych względów skład orzekający Izby zarzutu nie mógł uwzględnić, ponieważ ocena oferty przystępującego na podstawie dodatkowo jedynie złożonej przez niego opinii oznaczałoby dopuszczenie do oceny oferty przystępującego na podstawie dokumentu, którego w SIWZ zamawiający nie wskazał.

Odwołujący na rozprawie oświadczył: „skoro zamawiający oświadczył, że w świetle opinii zawodowej w ogóle nie oceniał oferty przystępującego, podnosi, że certyfikat odnoszący się do tłokowego silnika spalinowego nie odnosi się w żaden sposób do części zamiennych wymaganych dla lokomotyw produkcji Ferrit wskazanych przez zamawiającego w załączniku nr 1”

Wobec powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że zarzut taki nie został podniesiony w odwołaniu, jest zarzutem nowym, którego rozpoznanie przez Izbę nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy BTH Biuro Techniczno-Handlowe W..... K....., mimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie równoważności ofertowanych części zamiennych, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania stwierdził, że oferowane przez przystępującego części zamienne nie są równoważne z częściami zamiennymi produkowanymi przez Ferrit - producenta urządzeń, których dotyczy przedmiot zamówienia, tj. kolejek spalinowych podwieszanych, ponieważ nie posiadają wymiarów technicznych zgodnych z oryginalnymi częściami zamiennymi, wobec czego nie mogą być stosowane jako części zamienne do kolejek produkcji Ferrit.

Na rozprawie odwołujący złożył tabelaryczne zestawienie niezgodności, jakich dopatrył się pomiędzy częściami zaoferowanymi przez przystępującego a częściami oryginalnymi (18 pozycji). Przykładowo wskazał, że grubość szczęki hamulcowej jest o 2 mm mniejsza od oryginału, długość dźwigni lewej jest o 2 mm większa od oryginału, średnica pręta wynosi 6 mm, podczas gdy oryginału 6,4 mm.

Na rozprawie odwołujący przyznał, że zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, jak równoważność będzie oceniać.

Zamawiający oświadczył natomiast na rozprawie, że nie dysponował na etapie badania i oceny ofert opracowanym dokumentem, w którym wskazał, jakie istotne, kluczowe parametry będą badane pod kątem równoważności i jakie odstępstwa będą tolerowane. Wyjaśnił, że czynnikiem decydującym dla zamawiającego była możliwość zabudowy danej części w urządzeniu.

Przystępujący podniósł, że eksponowane przez odwołującego w tabelarycznym zestawieniu różnice w wymiarach poszczególnych części zamiennych nie mają znaczenia, ponieważ kwestią kluczową jest to, czy dana część spełnia przypisaną jej funkcję.

Fakt, że w postanowieniach SIWZ zamawiający nie wskazał sposobu oceny równoważności oferowanych części zamiennych z częściami oryginalnymi, tj. w ogóle nie podał, które parametry, czy cechy będzie brał pod uwagę oraz czy i jakie niezgodności (odstępstwa) uzna za spełniające wymóg równoważności nie pozwalał składowi orzekającemu Izby uznać, iż dostrzeżone przez odwołującego niezgodności w szczególności wymiarów oferowanych części zamiennych z częściami oryginalnymi oznaczają brak równoważności tych części.

Nadto skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska zamawiającego i nie zakwestionował możliwości zabudowy oferowanych przez przystępującego części zamiennych w będących przedmiotem zamówienia kolejkach Ferrit ze względu na wskazane w zestawieniu odstępstwa w niektórych wymiarach niektórych części (a co – jak wskazał zamawiający - było czynnikiem decydującym przy ocenie równoważności). Odwołujący nie odniósł się także do stanowiska przystępującego, że kwestią kluczową jest to, czy dana część spełnia przypisaną jej funkcję (nie zaś wymiary tej części).

Skoro, jak wskazano wyżej brak było w SIWZ postanowień pozwalających ocenić równoważność oferowanych części z częściami oryginalnymi, a kwestia ta nie została wyjaśniona w wyniku pytań któregośkolwiek wykonawcy na etapie przed terminem składania

ofert, to w konsekwencji uznać należy, uwzględniając ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż wszelkie niejasności SIWZ nie mogą negatywnie wpływać na status wykonawcy (jego wykluczenie), czy jego oferty (odrzućenie) i tym samym na możliwość uzyskania przez tego wykonawcę zamówienia, że dostrzeżone przez odwołującego odstępstwa (w szczególności co do wymiarów) nie mogą prowadzić do uznania, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty przystępującego z powodu nierównoważności zaoferowanych części z częściami oryginalnymi, a w dalszej kolejności, że przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie co do zaoferowania części równoważnych.

Zarzut bezpodstawnego wyboru oferty wykonawcy BTH Biuro Techniczno-Handlowe W..... K....., mimo że oferta ta podlega odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Uznanie przez skład orzekający Izby, że żaden z wcześniej podniesionych przez odwołującego zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie oznacza, że nie istniały podstawy do wykluczenia przystępującego oraz do odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że zarzut wyboru oferty przystępującego, tj. wykonawcy, który nie powinien zostać wykluczony i którego oferta nie powinna zostać odrzućona, nie zasługuje na uwzględnienie.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi o obowiązku wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ w sytuacji, gdy odwołujący nie wskazał żadnego odstępstwa przy ocenie przez zamawiającego oferty przystępującego od przewidzianego przez zamawiającego w SIWZ (Rozdział XX) jednego kryterium, tj. ceny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a 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).

**Przewodniczący:** .....