

Sygn. akt: KIO 2091/12

**WYROK**  
**z dnia 12 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 października 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **01 października 2012 r.** przez wykonawcę **P..... P.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P.....**, ul. Parkowa 1A/14, 21-100 **Lubartów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczew**

przy udziale wykonawcy **Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o., ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2091/12 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **P..... P.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P.....**, ul. Parkowa 1A/14, 21-100 **Lubartów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P..... P.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P.....**, ul. Parkowa 1A/14, 21-100 **Lubartów** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **P..... P.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P.....**, ul. **Parkowa 1A/14, 21-100 Lubartów** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczew**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 2091/12

## Uzasadnienie

Postępowanie z możliwością składania ofert częściowych o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę loco magazyny Zamawiającego w Bogdance, Nadrybiu i Stefanowie olejów i płynów do celów hydraulicznych” (nr sprawy 5826), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 120-199660 z 26.06.2012 r. przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczew zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 21.09.2012 r. Zamawiający przesłał (faxem) informacje o wyborze ofert najkorzystniejszej, stosownie do odpowiedniej części; m.in. w zakresie zadania 8: firmy: Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o., ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice zwanej dalej: „Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o.”. Na drugiej pozycji w zakresie zadania 8 uplasowała się firma: P.....ł P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P....., ul. Parkowa 1A/14, 21-100 Lubartów zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P.....” albo „Odwołującym”.

W dniu 01.10.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Handlowe PAGAW P..... P..... wniosło na podstawie art. 179, 180 ust.1, 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 21.09.2012 r. (zadanie 8). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 Pzp względem czynności Zamawiającego nakazanych przepisami ustawy.

Podnoszone wadliwe czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że wykonawca Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. z nie podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu.
2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta wykonawcy Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. podlega punktacji ( ocenie) ofert,
3. wskazania wadliwego wyniku postępowania na ofertę nieważną, ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Zarzuty Odwołującego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że wykonawca Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu. Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Odwołującego, podnoszona oferta podlega regulacji art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8, ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż podnoszony wykonawca winien być wykluczony z postępowania, ponieważ nie załączył do oferty i nie uzupełnił oświadczenia wymaganego zapisami SIWZ Część III Opis przedmiotu zamówienia pkt. 6 ppkt. 6. Tym samym nie spełnia przepisów ustawy oraz nie spełnia wszystkich warunków danego postępowania zakreślone w SIWZ.

Danymi zapisami SIWZ wprowadzonymi odpowiedzią na pytania z dnia 18.07.2012 r. Zamawiający ustanowił: *„Jednocześnie Zamawiający dokonuje zmiany SIWZ poprzez wprowadzenie do Części III Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 6 ppkt 6 o następującym brzmieniu „6/Wykonawcy, którzy złożą oferty obejmujące grupy nr 5, 8, 13, 14,15 i 19 zobowiązani są załączyć do oferty oświadczenia producentów maszyn i urządzeń określonych w treści tych grup, ze oferowane przez niego oleje, mogą być stosowane do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń wymienionych w treści w/w grup”* i żądał dokumentu oświadczenia od producenta maszyn i urządzeń, że oferowane przez danego wykonawcę oleje mogą być stosowane do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń wymienionych w treści m. in. grupy 8. W podnoszonej ofercie brak jest stosownego oświadczenia. Co prawda Zamawiający wykonał instytucję uzupełnienia danego dokumentu z art. 26 ust. 3 Pzp - stosownym pismem z dnia 10.09.2012 r., jednakże podnoszony wykonawca na dzień 13.09.2012 r. dostarczył Zamawiającemu oświadczenie przedstawiciela na Polskę producenta maszyn - Firmy ATUT Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne z siedzibą w Cieszynie - zamiast oświadczenia od producenta spalinowych kolejek podwieszanych typu BIZON 120X - firmy czeskiej FITE. Tym samym dane oświadczenie nie pochodzi od producenta, jak wymagała SIWZ. Nadmieniamy również, że przedstawiciel na Polskę nie ma żadnego uprawnienia do składania niniejszego oświadczenia w imieniu wskazanego producenta kolejek.

W związku z powyższym podnoszony wykonawca podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ dany dokument nie jest skutecznie uzupełnialny/czego był świadomy wzywany wykonawca- ponieważ nie mógł pozyskać danego oświadczenia od producenta lub ewentualnie dostałby takie oświadczenie od producenta po terminie składania ofert, to celowo w to miejsce dał oświadczenia od przedstawiciela handlowego (przywołał wyrok KIO z dnia 11.03.2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 229/09).

Z ostrożności procesowej podnosił, że pomimo otrzymania nieżądanego dokumentu w wezwaniu, Zamawiający zaniechał wezwania o wymagany dokument, do czego był zobligowany przepisem ustawy, zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa KIO. Przywołał

wyroki KIO z dnia 29.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2505/10, wyrok KIO z dnia 16.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2603/10, jak i wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2770/10. Nadto, wyroki sądów okręgowych. Wyrok SO w Tarnowie z dnia 25.02.2009 r., sygn. akt: V Ga 15/09, wyrok SO w Gliwicach z dnia 23.04.2010 r., sygn. akt: X Ga 60/10za oraz wyrok SO w Katowicach z dnia 09.09.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 344/10,

2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że podnoszona oferta podlega punktacji (ocenie) ofert. Tymczasem oferta podnoszonego Wykonawcy z przyczyn wskazanych w pkt. 1 jest nieważna i tym samym nie powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

3. wskazania wyniku postępowania na ofertę nieważną a tym samym na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu w zadaniu nr 8. Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły ustawy, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Z tych też względów Odwołująca wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności względem naszych żądań:

1. powtórzenie czynności badania ofert w zadaniu nr 8 - w następstwie której nastąpi odrzucenie podnoszonej oferty z postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert w zadaniu nr 8,
3. wskazanie wyniku postępowania na ofertę Odwołującego w zadaniu nr 8,
4. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 01.10.2012 r. wezwał faxem i przesłał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.10.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wskazał, że odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty Przystępującego do postępowania

odwoławczego. Zauważyć zatem należy, że odwołaniem nie jest objęta czynność Zamawiającego, polegająca na wyborze oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego jako najkorzystniejszej. W tym stanie rzeczy, odwołanie jest bezprzedmiotowe, albowiem oferta Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. została złożona zgodnie z wymogami SIWZ i wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, a odwołanie wniesione, w tym kształcie nie obejmuje całego stanu prawnego zaistniałego w chwili wnoszenia odwołania. Jednocześnie stwierdził, iż w toku postępowania Przystępujący do postępowania odwoławczego złożył dokument datowany na dzień 27.07.2012 r., pochodzący od Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o., które jako autoryzowany przedstawiciel handlowy czeskiego producenta spalinowych kolejek podwieszanych (FITE a.s., Výstavni 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska) zaświadczyło, że produkty oferowane przez Przystępującego do postępowania odwoławczego mogą być stosowane do maszyn produkowanych przez ww. firmę, gdyż spełniają wymagania jakościowe i zapewniają bezawaryjną pracę maszyn w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Umowa handlowa wiążąca firmy FITE a.s. oraz Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne ATUT Sp. z o.o. uprawnia autoryzowanego przedstawiciela handlowego m.in. do wystawiania oświadczeń z zakresu eksploatacji i serwisowania kolejek podwieszanych typu BIZON, w tym do rekomendacji stosowania środków smarnych konkretnego producenta. Zatem Przystępujący do postępowania odwoławczego spełnił wymagania określone w Części II pkt. 6 ppkt. 6 SIWZ.

W dniu 11.10.2012 r. (e-mailem) Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu. W przedmiotowym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 7 Pzp,
- art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
- art. 91 Pzp.

Spośród uchybień zarzuconych Zamawiającemu przez Odwołującego można wyróżnić podstawowy zarzut, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez nie wykluczenie wykonawcy FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o., mimo, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie przedstawił oświadczenia producenta maszyn i urządzeń, że oferowane przez niego oleje mogą być stosowane do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń należących do grupy 8. Ponadto Odwołujący zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne dokonanie

wyboru oferty FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W ocenie Zamawiającego, wszystkie zarzuty Odwołania są bezzasadne, zarówno zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o., jak również pozostałe zarzuty, w tym zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz bezzasadnego wyboru oferty FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i żądanie unieważnienia czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący twierdzi, że wykonawca FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 8 nie spełnia wszystkich warunków danego postępowania określonych w SIWZ, a zatem wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Odwołujący wskazuje przy tym nie przedłożenie przez FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. oświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w III Części SIWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 6 ppkt. 6, gdzie żąda się od Wykonawców, którzy złożą oferty obejmujące grupy nr 5, 8, 13, 14, 15 i 19 załączenia do oferty oświadczenia producentów maszyn i urządzeń określonych w treści tych grup, że oferowane przez niego oleje mogą być stosowane do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń wymienionych w treści w/w grup.

Otóż wymóg przedstawienia powyższego oświadczenia nie należy do warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jest to tzw. wymóg przedmiotowy dotyczący oczekiwań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie objęty zakresem zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO, warunki udziału w postępowaniu, których niespełnienie mogłoby powodować wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, mają charakter podmiotowy i są określone w art. 22 ust. 1 Pzp. Mianowicie chodzi o warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. [Art. 22 ust. 1 Pzp],

Wymóg przedstawienia oświadczenia producentów maszyn i urządzeń, że oferowane przez wykonawcę oleje mogą być stosowane do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń wymienionych w treści grup - nie należy do żadnego z warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp, a zatem nie spełnienie tego wymogu nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy. Ustawodawca w art. 25 ust. 1 Pzp wyraźnie wyróżnił tzw. dokumenty podmiotowe, potwierdzające spełnienie warunków udziału wykonawcy w postępowaniu oraz tzw. dokumenty przedmiotowe, potwierdzające, że oferowane dostawy

spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Oświadczenie wymagane III Części SIWZ pkt 6 ppkt 6 bez wątpienia należy do dokumentów przedmiotowych wskazanych w art. 25 ust. 2 pkt 2 Pzp, a nie w pkt 1. Wskazuje na to zarówno systematyka SIWZ, w której umieszczono wymóg przedstawienia dokumentu (III Część SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - zawierający przedmiotowe wymagania Zamawiającego), jak i treść żądanego oświadczenia, odnoszącego się do cech przedmiotu dostawy, a nie do samego wykonawcy. Ewentualny brak takiego dokumentu nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W konsekwencji, wobec braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o., bezzasadny jest też zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym odrzuca się ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Wykonawca ten ani nie został z postępowania wykluczony, ani nie zachodziły podstawy do jego wykluczenia.

Przedmiotowa wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp znajduje potwierdzenie w następujących przykładowych orzeczeniach KIO, przy braku wypowiedzi przeciwnych:

- 1) Wyrok KIO z dnia 17.08.2012 r., sygn. KIO 1662/12, gdzie Izba stwierdziła, że: *„wykluczenie z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. dotyczy niespełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p. i/lub niewykazania braku podstaw do wykluczenia, nie zaś warunków przedmiotowych, a do takich należy zaliczyć wymóg przedłożenia certyfikatu zgodności z określoną normą wraz z wynikami badań w zakresie oferowanego przedmiotu dostawy”*.
- 2) Wyrok KIO z dnia 24.07.2012 r., sygn. KIO 1461/12, gdzie wyraźnie wskazano, że: *„należy odróżnić sytuację podmiotową wykonawcy, warunkującą możliwość jego udziału w postępowaniu, od przedstawionego w ofercie sposobu wykonania zamówienia i jego zgodności z przepisami prawa i z oczekiwaniami zamawiającego”*.
- 3) podobnie wyrok KIO z dnia 06.07.2012 r., sygn. KIO 1343/12, zgodnie z którym: *„dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a nie pkt 1 p.z.p. (dokument "przedmiotowy", a nie "podmiotowy") i jego brak nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, lecz*



*odrzućenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.)*”. Nie ma zatem znaczenia w niniejszej sprawie, czy wykonawca FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. spełnił wymóg z III Cz. SIWZ pkt 6 ppkt 6, gdyż nawet nie złożenie przez niego oświadczenia producenta maszyn i urządzeń określonego w treści grupy 8 nie skutkuje wykluczeniem do z postępowania.

Zarzut zatem zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia i zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą jest całkowicie bezpodstawny. W konsekwencji bezpodstawny jest zarzut wadliwego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Tym samym FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta zasadnie została poddana ocenie, w której wyniku Zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Na marginesie podniósł, że nie jest możliwa zmiana bądź rozszerzenie zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazała Izba w postanowieniu z dnia 15.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1135/12; *„rozszerzanie podstaw prawnych zarzutów odwołania jest niezgodne nie tylko z granicami orzekania, zakreślonymi w art. 192 ust. 7 p.z.p., ale również prowadziło do obejścia przepisów o terminach wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 182 p.z.p.). (...) Zarzuty objęte rozstrzygnięciem Izby muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych jest niedopuszczalne*. Stanowisko to Izba wyrażała wielokrotnie, przy braku wypowiedzi przeciwnych (też wyrok KIO z dnia 25 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1464/12: *„Granice zarzutów odwołania określają skarżone czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz uzasadniające je okoliczności faktyczne i prawne”*; wyrok KIO z 17.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1402/12: *„W postępowaniu odwoławczym Izba orzeka wyłącznie w zakresie objętych odwołaniem zarzutów (art. 192 ust. 7 p.z.p.) zgłoszonych w terminie, co do podnoszenia których ustalono posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwość poniesienia szkody na skutek działań zamawiającego naruszających przepisy p.z.p.”*.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania Zamawiającego z dnia 18.07.2012 r. oraz 20.07.2012 r., ofertą Przystępującego oraz Odwołującego, wezwaniem Zamawiającego z dnia 10.09.2012 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp/ wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp skierowanym do Przystępującego, uzupełnieniem oraz wyjaśnieniami w tym zakresie udzielonymi przez Przystępującego przesłanymi w dniu 13.09.2012 r. wraz z załącznikami, wezwaniem Zamawiającego z dnia 10.09.2012 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp/ wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanym do Odwołującego, uzupełnieniem oraz wyjaśnieniami w tym zakresie udzielonymi przez Odwołującego przesłanymi w dniu 17.09.2012 r. wraz z załącznikami, pismem z dnia 17.09.2012 r. Zamawiającego skierowanym do Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie i odpowiedzią z dnia 18.09.2012 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie, jaki i wyciągami z dwóch katalogów Przystępującego oraz kopią oświadczenia producenta FITE a.s., Výstavni 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska złożonymi na rozprawie odpowiednio przez Odwołującego oraz Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu złożonych ofert (w zadaniu 8), zaraz po ofercie Przystępującego uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2091/12, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 18.07.2012 r. oraz 20.07.2012 r., oferty Przystępującego oraz Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 10.09.2012 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp/ wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp skierowanego do Przystępującego, uzupełnienia oraz wyjaśnień w tym zakresie udzielonymi przez Przystępującego przesłanymi w dniu 13.09.2012 r. wraz

z załącznikami (oświadczeniem z dnia 27.07.2012 r., informacją techniczną z dnia 26.07.2012 r., atestem jakości z dnia 07.08.2012 r.), wezwania Zamawiającego z dnia 10.09.2012 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp/ wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp skierowanego do Odwołującego, uzupełnienia oraz wyjaśnień w tym zakresie udzielonymi przez Odwołującego przesłanymi w dniu 17.09.2012 r. wraz z załącznikami (oświadczeniem MINE MASTER Sp. z o.o., FITE a.s., Výstavní 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska, deklaracja zgodności oraz świadectwo jakości), pisma z dnia 17.09.2012 r. Zamawiającego skierowanego do Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie i odpowiedzi z dnia 18.09.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, jaki i wyciągów z dwóch katalogów Przystępującego oraz kopii oświadczenia producenta FITE a.s., Výstavní 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska złożonymi na rozprawie odpowiednio przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.**

W ramach Rozdz. V Zamawiający określił warunki wymagane od Wykonawców, w ust. 2 stwierdził, że w celu potwierdzenia spełniania opisanych warunków Wykonawca musi załączyć do oferty dokumenty określone rozdziale VI. Zgodnie ust.1 pkt 9 rozdz. VI pozostałe dokumenty zostały określone w Cz. III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia. W ramach Cz. III - Zadanie 8-Olej silnikowy specjalny przeznaczony do urządzeń firm SMT SCHARF, FITE-BIZON, BEVEX. Olej stosowany – Lubra Super SHPD. W pkt 6 Cz. III Zamawiający określił, że oferta powinna zawierać dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych w Cz. III SIWZ. Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 18.07.2012 r. oraz 20.07.2012 r. wprowadził do Cz. III Opis przedmiotu zamówienia pkt 6 ppkt 6: *„6/Wykonawcy, którzy złożą oferty obejmujące grupy nr 5, 8, 13, 14,15 i 19 zobowiązani są załączyć do oferty oświadczenia producentów maszyn i urządzeń określonych w treści tych grup, ze oferowane przez niego oleje, mogą być stosowane do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń wymienionych w treści w/w grup”*. W ramach oferty Przystępujący na str. 247 przedłożył oświadczenie SMT SCHARF z dnia 07.03.2007 r., na str. 248 Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o.

z siedzibą w Cieszynie z dnia 27.07.2012 r. – odnośnie oferowanych olejów FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. –TITAN CARGO MC 10 W 40 B, zaś na str. 249 Bevex. W ramach oferty Odwołującego na str. 105 przedłożył oświadczenie Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie z dnia 25.07.2012 r. odnośnie oferowanego oleju Lubra Super SHPD.

W dniu 10.09.2012 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp/ wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie brakującego oświadczenia producenta maszyn i urządzeń FITE-BIZON. W dniu 13.09.2012 r. Przystępujący przekazał uzupełnienie oraz wyjaśnienia w tym zakresie wraz z załącznikami (oświadczeniem Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie z dnia 27.07.2012 r., informacją techniczną z dnia 26.07.2012 r., atestem jakości z dnia 07.08.2012 r.). W dniu 10.09.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp/ wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp w zakresie brakującego oświadczenia producenta maszyn i urządzeń FITE-BIZON oraz SMT SCHARF. W dniu 17.09.2012 r. Odwołujący przesłał uzupełnienia oraz wyjaśnienia w tym zakresie wraz z załącznikami (oświadczeniem MINE MASTER Sp. z o.o. – jak wskazano wyłącznego przedstawiciela producenta firmy – J.H.FLEATHER & C.O. na Polskę; FITE a.s., Výstavni 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska, deklaracja zgodności oraz świadectwo jakości),

Zamawiający pisma z dnia 17.09.2012 r. skierowanym do Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie zwrócił się o doprecyzowanie jak forma współpracy (np. dystrybutora, przedstawiciela) wzajemnych zależności prawnych (np. powiązań kapitałowych) łączy Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie z FITE a.s., Výstavni 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska. Wskazał także w jego ramach, że informacje niniejsze są niezbędne do potwierdzenia wyjaśnień i oświadczeń złożonych przez Wykonawców w toczącym się postępowaniem przetargowym, związanych z możliwością stosowania oferowanych wyrobów (olei) w urządzeniach używanych przez Zamawiającego. W odpowiedzi z dnia 18.09.2012 r. ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie poinformował Zamawiającego, że jest jedynym przedstawicielem handlowym na rynku polskim FITE a.s., Výstavni 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska zgodnie z umową pomiędzy w/w podmiotami.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego: a) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, b) art. 24 ust. 2 pkt 4 ust. 2 Pzp, c) art. 26 ust. 3 Pzp oraz d) art. 7 Pzp, z uwagi na

zaniechanie wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty, mimo nie dołączenia do oferty w zakresie zadania 8 - oświadczenia producenta czeskich spalinowych kolejek wymaganego postanowieniami SIWZ Cz. III pkt 6 ppkt 6, Izba uznała niniejsze zarzuty za chybione. Jednocześnie wskazując, że z uwagi na ich charakter zasadne jest rozpatrzenie ich łącznie.

W tym kontekście, Izba wskazuje także, że odnośnie kwestii zasadniczych i argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego i podtrzymanych na rozprawie, a popartych przez Przystępującego, należy stwierdzić, iż co do zasady jest ona słuszna, z tym że samo błędne wskazanie podanie podstawy prawnej połączone z przedstawieniem właściwej podstawy faktycznej nie powinno zawsze skutkować oddaleniem zarzutu. Z tych względów przychylając się do stanowiska, że sporne oświadczenie ma charakter dokumenty przedmiotowego z racji, głównie umiejscowienia w Cz. III Opis przedmiotu zamówienia (pkt 6 Cz. III Zamawiający określił, że oferta powinna zawierać dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych w Cz. III SIWZ), która jednoznacznie determinuje jego charakter, Izba uznała, że *de facto* – zarzut (a nie zarzuty) odnoszący się do kwestii braku spornego oświadczenia producenta czeskich spalinowych kolejek należy rozpatrzyć merytorycznie, także w kontekście naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do podważania prawidłowości wyboru oferty Przystępującego w zadaniu 8. Izba analizując dokumentację postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2091/12 oraz oryginały okazane na rozprawie dostrzegła, że swoisty brak konsekwencji, który Odwołujący uznaje za naruszenia art. 7 Pzp wynikał z braku wiedzy Zamawiającego. Ostatecznie dopiero postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Zamawiającego (pismo z dnia 17.09.2012 r. Zamawiającego skierowane do Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, odpowiedź z dnia 18.09.2012 r.) utwierdziły Zamawiającego w zasadności wyboru oferty Przystępującego w zadaniu 8. Właściwym jest również zwrócenie uwagi Odwołującemu, że także podobny dylemat, co wskazany w ofercie Przystępującego istniał w ofercie Odwołującego (zadanie 5 - oświadczeniem MINE MASTER Sp. z o.o. – jak wskazano wyłącznego przedstawiciela producenta firmy – J.H.FLEATHER & C.O. na Polskę), choć nie w zakresie tego samego producenta i zadania. Zamawiający uznał więc, że skoro w zakresie producenta czeskiego jego autoryzowany producent na Polskę może składać stosowne oświadczenia, to także jest to możliwe w analogicznej sytuacji u innego producenta, stąd uznał wyjaśnienia Odwołującego w zakresie zadania 5 z dnia 17.09.2012 r. Z tych też względów Zamawiający nie mógł kwestionować oświadczenia dostarczonego przez

Przystępującego w dniu 13.09.2012 r., wobec otrzymania bezpośredniego oświadczenia producenta czeskiego dostarczonego przez Odwołującego na wezwanie z dnia 10.09.2012 r. Oba dokumenty były bowiem prawidłowe i spełniały narzucony przez Zamawiającego wymóg.

Dowód przedstawiony przez Przystępującego na rozprawie, tzn. oświadczenie producenta FITE a.s., Výstavni 2224/8, Ostrava-Mariánské Hory, Republika Czeska z dnia 04.10.2012 r., w ocenie Izby, jedynie wtórnie potwierdza wcześniej wykazane okoliczności dotyczące oświadczenia producenta czeskich spalinowych kolejek wymaganego postanowieniami SIWZ Cz. III pkt 6 ppkt 6.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty w zakresie zadania 8 – oświadczenia producenta SMT SCHARF wymaganego postanowieniami SIWZ Cz. III pkt 6 ppkt 6, Izba uznała, że nastąpiło rozszerzenie zakresu zarzutów zawartych w dowołaniu, tak w zakresie podstawy faktycznej, jak i prawnej. Odwołujący dopiero na rozprawie podniósł kwestie oświadczenia producenta SMT SCHARF z 2007 r. i przedstawiał na tą okoliczność kopie wyciągi dwóch folderów Przystępującego. W ocenie, Izby tak na str. 3, jak i 5 odwołania nie poruszana kwestia oświadczenia firmy producenta SMT SCHARF, w jakimkolwiek kontekście. Z tych względów (z uwagi na art. 190 ust. 7 Pzp), Izba niniejszą kwestie pozostawia bez rozpoznania. Jedynie na marginesie zwracając uwagę, że kwestia folderów producenta olejów FUCHS Oil Corporation (PI) Sp. z o.o. oraz wspierania na ich podstawie stanowiska odnoszącego się do całości asortymentu oferowanego przez danego producenta olejów i smarów jest problematyczne, tym bardziej, że przedłożono foldery tylko dwa wyciągi folderów na 2011 r., a nie rok bieżący, czy też lata wcześniejsze. Izba dostrzegła również, że niniejszy zarzut został oparty na wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Odwołującego z dnia 10.09.2012 r., jeśli więc był tak istotny, Odwołujący miał możliwość jego zawarcia w odwołaniu, czego nie uczynił.

Względem zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp, Izba uznała, na podstawie oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie, że mamy do czynienia z omyłką pisarską i nie było zamiarem Odwołującego formułowania tego rodzaju zarzutu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego, wobec nie potwierdzenia się pozostałych zarzutów należy oddalić.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba nie uznała kosztów związanych ze zwrotem kosztów przejazdu na trasie Lublin – Warszawa – Lublin, uznając, że przedłożona na rachunku wycena dotyczy nie tylko dojazdu na rozprawę, ale także kosztów związanych z powrotem z rozprawy. Nadto, Zamawiający nie określił na czym oparł przedstawioną wycenę, nie wiadomo również jakim środkiem transportu miał miejsce przedmiotowy przejazd, stąd trudno jest uznać przedstawioną wycenę za miarodajną i dokonać ewentualnego miarkowania, tzn. zaliczenia kosztów za dojazd na rozprawę.

**Przewodniczący :**

.....