

Sygn. akt: KIO/397/11

WYROK
z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2011 r. przez **Chemivron Carbon European Operations of Calgon Corporation, Parc Industriel de Feluy – Zone C, B – 7181 Feluy, Belgia** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M.St. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Gryfskand Sp. z o.o., ul. Fabryczna 4, 74-100 Gryfino**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Chemivron Carbon European Operations of Calgon Corporation, Parc Industriel de Feluy – Zone C, B – 7181 Feluy, Belgia, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Chemivron Carbon European Operations of Calgon Corporation, Parc Industriel de Feluy – Zone C, B – 7181 Feluy, Belgia tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2.** zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 598 zł 98 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez **Chemivron Carbon European Operations of Calgon Corporation, Parc Industriel de Feluy – Zone C, B – 7181 Feluy, Belgia** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w M.St. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**, która to kwota stanowi koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., z siedzibą Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę pylistego węgla aktywnego (PWA) Zadanie nr 1. Dostawę pylistego węgla aktywnego (PWA) dla Zakładu Wodociągu Centralnego P1, Zadanie nr 2. Dostawa pylistego węgla aktywnego (PWA) dla Zakładu Wodociągu Północnego P3”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 7 października 2010 r., pod nr: 2010/S 195-298304. Postępowanie to zostało podzielone na dwa zadania bez możliwości składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca Chemivron Carbon European Operations of Calgon Corporation z siedzibą w Feluy, Belgia (dalej: „Odwołujący”) w dniu 25 lutego 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o której to czynności Zamawiający przesłał Odwołującemu informację faksem w dniu 16 lutego 2011 r.

W dniu 2 marca 2011 r. wykonawca Gryfskand Sp. z o.o. z siedzibą w Gryfinie (dalej: „Przystępujący”) złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało złożone na podstawie wezwania Zamawiającego skierowanego do niego w dniu 28 lutego 2011 r. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego drogą faksową.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

W związku z czynnościami podjętymi przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż błędnie ocenił on ofertę Przystępującego jako

najkorzystniejszą oraz błędnie przyjął, iż oferta ta spełnia wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). Powyższe – zdaniem Odwołującego - narusza przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) poprzez niewykluczenie z postępowania Przystępującego mimo, iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego, której treść nie odpowiadała treści SIWZ (w szczególności narusza punkt 5.1 SIWZ i Załącznik nr 2 do SIWZ)

Odwołujący podniósł, że odwołanie dotyczy jedynie przyznania zamówienia w zakresie Zadania nr 2, polegającego na dostawie pylistego węgla aktywnego dla Zakładu Wodociągu Północnego P3.

W tym zakresie Odwołujący wnosi, aby Zamawiający:

1. unieważnił wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz
2. powtórzył ocenę ofert i wybrał ofertę Odwołującego jako następną w kolejności najkorzystniejszą ofertę.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazała na następujące okoliczności:

- 1) SIWZ - pkt 5.1 – wskazywała na wymóg dołączenia do ofert oświadczenie o spełnianiu przez oferowany pylisty węgiel aktywny wymogów określonych w Rozporządzeniu (WE) 1907/2006 Parlamentu Unii Europejskiej i Rady z dnia 18 grudnia 2006 w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (dalej: „REACH”). Odwołujący podkreślił, że produkcja i wprowadzanie do obrotu chemikaliów w Unii Europejskiej zostały zharmonizowane w ramach wskazanego rozporządzenia REACH, zgodnie z którym wszyscy unijni producenci i importerzy chemikaliów w ilości przekraczającej 1 tonę rocznie przedkładają kompetentnym organom Unii Europejskiej dokumentację naukową w celu dokonania rejestracji i wykazania bezpieczeństwa przedmiotowych chemikaliów (art. 5 rozporządzenia REACH). Ta zasadą leżącą u podstaw rozporządzenia REACH: została określona jako: „*brak danych, brak obrotu*” (wszystkie chemikalia wymagają oceny na podstawie dokumentacji naukowej).

Odwołujący wskazał też na drugą zasadę leżącą u podstaw REACH: „jedna substancja, jedna rejestracja” (konieczność przedłożenia jednej dokumentacji przez producentów i importerów tej samej substancji).

Odwołujący podniósł, iż złożył wraz z ofertą oświadczenia, że węgiel aktywny produkowany przez niego jest zarejestrowany zgodnie z REACH i tym samym Odwołujący jest uprawniony do produkcji i obrotu tą substancją. Odwołujący przedłożył także wymagane Karty Charakterystyki dla oferowanego węgla aktywnego. Przystępujący natomiast nie zarejestrował swojej substancji zgodnie z REACH i nie dostarczył do oferty właściwej Karty Charakterystyki, tym samym, zdaniem Odwołującego, naruszył punkt 5.1 SIWZ i Załącznik nr 2 do SIWZ. Wykonawca ten nie zapewnił zgodności z postanowieniami art. 5 rozporządzenia REACH. Odwołujący wskazał na treść tego przepisu, który – jego zdaniem - nakłada na osoby prawne, produkujące lub importujące w Unii Europejskiej substancje podlegające rozporządzeniu REACH w ilości przekraczającej 1 tonę, obowiązek rejestracji tych substancji.

2) Odwołujący powołując się także na treść art. 23 ust. 1 pkt (a) rozporządzenia REACH, wskazał, że jeśli substancje te produkowane lub importowane były w ilościach wynoszących lub przekraczających 1.000 ton rocznie, przynajmniej jednokrotnie od dnia 1 czerwca 2007 r., właściwa rejestracja tych substancji musiała zostać dokonana przed dniem 1 grudnia 2010 r. Wskazał, że z publicznie dostępnych informacji wynika, że od 2008 r. Przystępującemu przyznano wiele zamówień publicznych na ilości węgla aktywnego przekraczające 1.000 ton w ciągu jednego roku. W tym zakresie wskazał na dowody w postaci:

- ogłoszenie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę węgla aktywnego w ilości 140 m³ (tj. ok. 70 ton) dla Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów Spółka Akcyjna w Katowicach z dnia 13 października 2008 r.
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę pierwotnego granulowanego węgla aktywnego w ilości 2530 m³ (tj. ok. 1265 ton) do Zakładu Wodociągu Centralnego z dnia 18 czerwca 2010 r.
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na reaktywację termiczną granulowanego formowanego węgla aktywnego typu sorpcyjnego dla MPWiK Sp. z o.o. we Wrocławiu w ilości 1287 m³ (tj. ok. 643 tony) z dnia 2 sierpnia 2010 r. wraz z SIWZ, dotyczącą tego zamówienia,

- ogłoszenie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę w 2010 r. dla Zakładu Uzdatniania Wody Goczałkowice nowego granulowanego węgla aktywnego w ilości 210 m³ (tj. ok. 105 ton) z dnia 23 września 2010 r.
- 3) Zdaniem Odwołującego Przystępujący we wskazanym zakresie musiał dokonać rejestracji wskazanej substancji przed dniem 1 grudnia 2010 r. Rejestracji węgla aktywnego do wskazanej daty Przystępujący nie dokonał, co potwierdza – zdaniem Odwołującego - pismo z dnia 24 lutego 2011 r. wystawione przez Norit Nederland BV, główną instytucję rejestrującą węgiel aktywny zgodnie z wymogami REACH.
- 4) Podkreślił też, że w rezultacie Zamawiający nie byłby w stanie otrzymać jakiegokolwiek dostawy węgla aktywnego od Przystępującego. Ponadto, z uwagi na fakt, że produkowany przez Przystępującego węgiel aktywny nie został zarejestrowany, nie ma gwarancji, że spełnia on wymogi bezpieczeństwa określone w rozporządzeniu REACH, w następstwie czego substancja ta może potencjalnie wywoływać szkodliwe następstwa dla zdrowia ludzkiego, które nie zostały jeszcze zbadane.
- 5) Zaniechanie dokonania rejestracji wyżej wymienionej substancji, zgodnie z rozporządzeniem REACH, daje Przystępującemu nieuczciwą przewagę konkurencyjną, bowiem w przeciwieństwie do Odwołującego, Przystępujący nie musiał ponosić opłat rejestracyjnych pobieranych przez Europejską Agencję Chemikaliów, ani kosztów związanych z przygotowaniem dokumentacji rejestracyjnej lub z prawami licencyjnymi do zawartości takiej dokumentacji. Tym samym – w ocenie Odwołującego - postępowanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji pomiędzy Przystępującym i Odwołującym. W związku z powyższym, Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ wybrał ofertę spółki, która jako jedyna spośród wszystkich uczestników przetargu, nie spełniała wymogów określonych w SIWZ.
- 6) Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie możliwości dostarczania węgla aktywnego na warunkach zgodnych z prawem. W ramach swojej oferty bowiem Przystępujący złożył fałszywe oświadczenie, zgodnie z którym oferowany pylisty węgiel aktywny spełnia wymogi określone w rozporządzeniu REACH, podczas gdy oświadczenie to jest niezgodne z prawdą, gdyż jak podniesiono powyżej, produkowany przez Przystępującego węgiel aktywny nie został zarejestrowany zgodnie z wymogami REACH. Ponadto Odwołujący podniósł, że Przystępujący przedstawił Zamawiającemu Kartę Charakterystyki, która jest niezgodna z art. 31 rozporządzenia REACH, gdyż nie zawiera numeru rejestracji REACH. W tym zakresie Odwołujący

wskazał na dowody w postaci formularza oferty złożonej przez Przystępującego wraz z Kartą Charakterystyki dla oferowanego węgla aktywnego.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający swoje pisemne stanowisko w sprawie wyraził w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 marca 2011 r., której wskazał na niezasadność zarzutów odwołania. Podniósł także, że mając na uwadze wymogi rozporządzenia REACH, zobowiązał w pkt 5.1.4) SIWZ wszystkich wykonawców do załączenia do oferty oświadczenia o spełnianiu przez pylisty węgiel aktywny (PWA) wymogów określonych we wskazanym rozporządzeniu. Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o zgodności oferowanego węgla pylistego z przepisami rozporządzenia, natomiast nie wymagał złożenia oświadczenia jedynie o dokonaniu rejestracji oferowanego produktu. Interpretacja przez Odwołującego przepisów tego rozporządzenia zakłada bezwzględny obowiązek takiej rejestracji, natomiast Zamawiający nie dysponując informacjami na temat stosowanych przez poszczególnych wykonawców metod przetwarzania węgla w celu uzyskania pylistego węgla aktywnego nie wymagał od wykonawców wyłącznie potwierdzenia rejestracji, ale oświadczenia o szerszej treści, o zgodności z wymogami określonymi w rozporządzeniu. Oświadczenie takie może - zdaniem Zamawiającego - obejmować również przypadki, gdy wytwarzany pylisty węgiel aktywny nie podlega obowiązkowi rejestracji, w przypadkach określonych w rozporządzeniu.

Zamawiający, dokonując oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert badał, czy wspomniane oświadczenie zostało przez wykonawców złożone, co stanowiło warunek uznania, że pylisty węgiel aktywny jest zgodny z rozporządzeniem. Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy składający oświadczenie przedstawiali jakiegokolwiek dodatkowe dokumenty, które potwierdzałyby jego zgodność z prawdą i zapewniały możliwość ich ewentualnej weryfikacji, a powyższe okoliczności znane były Odwołującemu od momentu przekazania przez Zamawiającego SIWZ wszystkim wykonawcom zaproszonym do składania ofert, a powyższe nie było przedmiotem pytań ze strony wykonawców zgodnie z art. 38 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający, oceniając ofertę Przystępującego pod kątem złożonego oświadczenia, uznał ją za prawidłową. Na tym etapie Zamawiający nie dysponował informacjami, które pozwoliłyby zweryfikować ewentualną niezgodność z prawdą złożonego oświadczenia przez tego wykonawcę, zaś wskazywany przez Odwołującego fakt niezamieszczenia w karcie charakterystyki produktu numeru rejestracji nie wskazuje – zdaniem Zamawiającego - na niespełnianie opisanych warunków określonych w rozporządzeniu REACH i nie może stanowić podstawy jego oceniania jako niezgodnego z prawdą. Wskazał, że istnieje kategoria produktów, dla których sporządza się Kartę Charakterystyki bez obowiązku wskazania nr rejestracji, gdy dany produkt obowiązkowi rejestracji nie podlega.

Zamawiający, dokonując oceny dokumentu Karty Charakterystyki dokonał jego analizy pod kątem zgodności z warunkami określonymi w art. 31 oraz w Załączniku nr II do rozporządzenia REACH. Oceniane były wymogi zawierania wszystkich niezbędnych, wskazanych tam informacji, których m.in.: zasadniczym celem jest pełna identyfikacja produktu, określenie kwestii bezpieczeństwa, składowania i innych informacji wymienionych w 16 obowiązkowych punktach. Zarzut nieumieszczenia w karcie charakterystyki, złożonej przez Przystępującego, numeru rejestracji wskazuje - zdaniem Zamawiającego - na zawężenie wymogu zgodności oferowanego węgla z rozporządzeniem REACH wyłącznie do obowiązku jego rejestracji bez uznania dopuszczalności wyłączeń wskazanych w samym rozporządzeniu. Podkreślił, że obowiązek wskazania nr rejestracji nie wynika bezwzględnie z art. 31 ust. 6 rozporządzenia REACH. Zamawiający oceniając powyższą kartę charakterystyki, brał taką właśnie możliwość pod uwagę i tym samym uznał ten dokument za prawidłowy, a złożone oświadczenie za zgodne z prawdą.

Zamawiający, odnosząc się do przedstawionych w odwołaniu dowodów wskazanych na ilość substancji produkowanych lub importowanych przez Przystępującego podkreślił, że dowody te nie mogą potwierdzać ilości udzielonych zamówień firmie Przystępującego, m.in. na dostawę węgla aktywnego, gdyż nie dotyczą zamówień udzielonych, a jedynie świadczą o wyborze oferty, który mógł zgodnie z przepisami ustawy Pzp mógł być unieważniony. Podkreślił też, że nawet wykazanie zrealizowania dostaw w ilości przekraczającej 1 000 ton, nie przesądza o konieczności rejestracji produktu stanowiącego przedmiot oferty Przystępującego, jeżeli ten podlega przedmiotowemu wyłączeniu w zakresie obowiązku rejestracji.

Zamawiający wskazał na przepisy rozporządzenia REACH, które podlegało stosownym zmianom. Przywołał art. 2 ust. 7 lit. b rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH), utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE. Zgodnie z tym przepisem z zakresu zastosowania przepisów tytułu II, V i VI wyłącza się: substancje objęte przepisami załącznika V, ponieważ ich rejestrację uznaje się za niewłaściwą lub niepotrzebną i wyłączenie ich z przepisów niniejszych tytułów nie powoduje uszczerbku dla celów tego rozporządzenia. Podkreślił, że zakres załącznika V został zmieniony w Rozporządzeniu Komisji (WE) Nr 987/2008 z dnia 8 października 2008 r. zmieniającym załączniki IV i V do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) . Zakres wyłączenie określa zatem załącznik nr 2 do Rozporządzeniu Komisji (WE) NR 987/2008. Zgodnie z jego pkt 7 zwolnieniu z rejestracji podlegają następujące substancje występujące w przyrodzie, jeśli nie zostały one zmodyfikowane chemicznie: minerały, rudy, rudy wzbogacone, naturalny i przetworzony gaz ziemny, ropa naftowa, węgiel.

Zamawiający ponadto wskazał, w związku z informacją przekazaną przez Przystępującego, iż stosowana przez niego technologia aktywowania węgla powoduje, iż uzyskany w ten sposób produkt podlega wyłączeniom określonym w rozporządzeniu. Polega ona na poddawaniu węgla występującego w środowisku naturalnym procesowi mechanicznego rozdrabniania, mielenia, mieszania, formowania oraz karbonizacji granul. W wyniku tego procesu uzyskiwany jest koks, który jest substancją pośrednią w procesie tworzenia węgla aktywnego. Koks w procesie opisanym przez Przystępującego jest uzyskiwany w wyniku obróbki mechanicznej, a nie chemicznej, podlega procesowi granulacji przy użyciu lepszczka - substancji pochodzenia roślinnego (cukier) oraz procesowi płukania wodnego, który nie stanowi modyfikacji chemicznej, gdyż struktura chemiczna substancji nie zostaje zmieniona. Wskazał, iż zgodnie z informacją ww. wykonawcy, oferowany przez niego, uzyskany w powyższy sposób, węgiel aktywny podlega wyłączeniom wskazanym w art. 2 oraz pkt 7 i 10 załącznika do rozporządzenia Komisji WE 987/2008 z dnia 8 października 2008 r. zmieniającego załącznik IV i V do rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowania ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) oraz wyłączeniom określonym w art. 3 ust. 39 i 40 Rozporządzenia (WE) 1907/2006 Parlamentu Unii Europejskiej i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) z późniejszymi zmianami.

Zamawiający podkreślił też, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż oferowany przez Przystępującego węgiel ze względów technologicznych nie może zostać zakwalifikowany jako produkt podlegający wyłączeniu przedmiotowemu z rejestracji.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w swoim przystąpieniu podniósł, iż w listopadzie 2008 roku dokonał wstępnej rejestracji w Agencji ds. Chemikaliów w Helsinkach, substancji 251-153-3 Carbon activated (Węgiel aktywny). Uzyskał tam wstępny numer rejestracyjny czym wypełnił obowiązki wynikające z rozporządzenia WE 1907/2006. Wyjaśnił też, że w trakcie prac nad pełną rejestracją okazało się, że na podstawie art. 2 rozporządzenia WE 987/2008 zał. 2 pkt 10 z obowiązku rejestracji zwolnione zostały węgiel jako substancja występująca w przyrodzie oraz wszystkie rodzaje koksu, powstałego na bazie suchej destylacji węgla kamiennego, smoły węglowej oraz ropy naftowej. Koks węglowy będący substancją pośrednią w procesie tworzenia substancji Carbon activated, powstaje z węgla kamiennego (Coal) poprzez mechaniczne rozdrabnianie, mielenie mieszanie, formowanie oraz karbonizację granul. Wskazał, że na podstawie art. 2 i zał. 2 pkt 7 z obowiązku rejestracji zwolniony jest węgiel. Węgiel z kolei definiowany jest jako stałe paliwo kopalne uformowane w wyniku karbonizacji roślin. Jeżeli natomiast węgiel przetwarzany jest dalej metodami obróbki mechanicznej i nie jest modyfikowany chemicznie, to spełnia – zdaniem Przystępującego - kryteria wynikające z pkt 7 rozporządzenia 987/2008. Wyłączenia, o których

mowa w pkt 7 wymagają, aby substancja występowała w przyrodzie, zgodnie z definicją art. 3 ust. 39 i aby nie była modyfikowana chemicznie, zgodnie z art. 3 ust. 40 rozporządzenia 1907/2006. W przypadku Carbon activated, zdaniem Przystępującego, ma zastosowanie art. 3 (39) gdyż substancja wyjściowa węgiel kamienny (Coal) występuje w postaci własnej w przyrodzie. Określenie to dotyczy substancji nieprzetworzonej lub przetworzonej jedynie ręcznie, mechanicznie lub z wykorzystaniem sił grawitacji, która poddawana jest tylko obróbce mechanicznej, aby uzyskać postać granul. W procesie granulacji używane jest lepiszcze. Lepiszcze jest również substancją pochodzenia roślinnego wyodrębnioną jako produkt uboczny w procesie produkcji sacharozy (cukier). Przystępujący wskazał też na art. 5 Dyrektywy UE 2008/98/EC, który definiuje produkt uboczny jako substancję powstającą w wyniku procesu produkcyjnego, którego podstawowym celem nie jest jej produkowanie, może być wykorzystywana dalej bezpośrednio bez jakiegokolwiek przetwarzania innego niż normalna praktyka przemysłowa.

Jako produkt pochodzenia roślinnego oraz jako plastyfikator będący substancją, której jedynym zadaniem jest zapewnienie konkretnych właściwości fizycznych, w procesie produkcji Carbon activated - w ocenie Przystępującego - jest wyłączony z obowiązku rejestracji (art. 2 i zał. 2 pkt 3).

Przystępujący podniósł też, że w końcowym procesie produkcji Carbon activated, stosowana jest operacja płukania wodnego, a proces ten nie jest procesem modyfikacji chemicznej. Zgodnie z art. 3 (40) rozporządzenia 1907/2006 substancja nie modyfikowana chemicznie oznacza substancję, której struktura chemiczna zostaje niezmieniona, nawet jeśli została poddana procesowi chemicznemu, lub obróbce, lub też fizycznej transformacji mineralogicznej np. w celu usunięcia zanieczyszczeń. Proces mający na celu jedynie usunięcie zanieczyszczeń nie jest uważany – zdaniem Przystępującego - za modyfikację chemiczną - struktura chemiczna cząsteczki węgla w substancji Carbon activated, pozostaje niezmieniona. Przystępujący wskazał, że powyższe potwierdzają badania zlecone przez Przystępującego, a wykonane przez Laboratorium Instytutu Przemysłu Organicznego w Warszawie, posiadającego akredytację w ECHA na wykonanie tego typu badań. Na podstawie tych badań spektroskopia widma IR węgla, koksu, koksu aktywnego oraz węgla aktywnego wskazuje, że są to te same substancje, występujące tylko w innej postaci.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący wykazywał, że w przypadku uwzględnienia jego zarzutów dotyczących oferty Przystępującego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co z kolei wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Przystępującego. Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika złożone w sprawie. W zakres materiału dowodowego włączono także dokumenty i materiały przedłożone przez Odwołującego i Przystępującego w toku rozprawy oraz dokumenty załączone przy pismach procesowych, tj.:

- ogłoszenie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę węgla aktywnego w ilości 140 m³ dla Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A. w Katowicach z dnia 13 października 2008 r.;
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę pierwotnego granulowanego węgla aktywnego w ilości 2530 m³ do Zakładu Wodociągu Centralnego z dnia 18 czerwca 2010 r.;
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na reaktywację termiczną granulowanego formowanego węgla aktywnego typu sorpcyjnego dla MPWiK Sp. z o.o. we Wrocławiu w ilości 1287 m³ z dnia 2 sierpnia 2010 r. wraz z SIWZ, dotyczącą tego zamówienia;
- ogłoszenie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę w 2010 r. dla Zakładu Uzdatniania Wody Goczałkowice nowego granulowanego węgla aktywnego w ilości 210 m³ z dnia 23 września 2010 r.;
- wydruk ze strony internetowej Przystępującego wskazujący na proces zachodzący w trakcie przebiegu produkcyjnego co do węgla aktywnego;

- opinia Instytutu Organicznego z lipca 2010 r.;
- opinia Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie z 12 lipca 2010 r.;
- stanowisko Norit Activated Carbon i stanowisko Activated Carbon Producers Association z października 2008 r.;
- wydruk ze strony internetowej Europejskiej Agencji Chemikaliów co do wstępnej rejestracji węgla aktywnego przez Przystępującego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5.1 ppkt 4) Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącej pierwszą część SIWZ, zobowiązał wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu do dołączenia do oferty oświadczenia o spełnianiu przez oferowany pylisty węgiel aktywny PWA wymogów określonych w Rozporządzeniu (WE) 1907/2006 Parlamentu Unii Europejskiej i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH). Wzór formularza z treścią wskazanego oświadczenia został określony przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do Instrukcji dla Wykonawców.

Zgodnie z pkt 5.1 ppkt 3) Instrukcji dla Wykonawców do oferty należało również dołączyć kartę charakterystyki dla zaoferowanego pylistego węgla aktywnego PWA zgodną ze wskazanym rozporządzeniem.

Przystępujący w swojej ofercie na stronach 5 i 9 oferty dołączył wskazane dokumenty.

Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za ważną i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że brak było podstaw – biorąc pod uwagę treść i zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz przedłożone przez Odwołującego dowody w sprawie - do uznania, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu jako sprzeczna z SIWZ, jak również do tego, aby uznać, że Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji w ofercie.

U podstaw podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie leżały przede wszystkim postanowienia SIWZ oraz okoliczność nie udowodnienia przez Odwołującego stawianych Zamawiającemu zarzutów.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zgodnie z wymogami SIWZ do oferty należało załączyć oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez oferowany pylisty węgiel aktywny PWA wymogów określonych w Rozporządzeniu (WE) 1907/2006 Parlamentu Unii Europejskiej i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania

zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH). Rozporządzenie to reguluje kwestie związane z koniecznością rejestracji określonych substancji, a także zwolnień od obowiązku ich rejestracji. Wymagane w postępowaniu przez Zamawiającego oświadczenie nie odnosiło się w swej treści do konieczności w ogóle rejestracji, czy też pełnej rejestracji węgla aktywnego. Odnosiło się wyłącznie do złożenia przez wykonawcę oświadczenia o spełnieniu w ogóle przez oferowany węgiel wymogów wskazanego rozporządzenia REACH. Zamawiający nie przewidział w tym zakresie jakiejś szczególnej procedury weryfikacji takiego oświadczenia wykonawcy, czy złożenia dodatkowych innych dokumentów potwierdzających okoliczność przeprowadzenia badań nad węglem i jego pełnej rejestracji. Jedyne wymagane w tym zakresie dokument to karta charakterystyki substancji, która przez Przystępującego także, obok wymaganego oświadczenia o zgodności węgla aktywnego z wymogami rozporządzenia, została dołączona do oferty. Tym samym nie można uznać, że oferta Przystępującego we wskazanym zakresie zawiera jakieś braki, czy też jest sprzeczna z SIWZ.

W drugiej kolejności co do dalszej kwestii, mianowicie, czy oferowany przez Przystępującego węgiel aktywny podlega przewidzianej w rozporządzeniu REACH procedurze pełnej rejestracji substancji Izba uznała, że w tym zakresie w toku postępowania odwoławczego jedynie Przystępujący przedstawił wiarygodne dowody w sprawie potwierdzające, że owa procedura pełnej rejestracji nie była wymagana. Odwołujący w tym przedmiocie dowodów praktycznie nie przedstawił, a te, które przywołał, potwierdzają inne okoliczności niż wywodzone przez Odwołującego. Tymczasem zgodnie z art. 6 k.c., do którego należy w kwestii ciężaru dowodowego odesłać poprzez art. 14 ustawy Pzp, ciężar wykazania, że oferta Przystępującego jest sprzeczna z SIWZ oraz, że wykonawca ten (Przystępujący) podał w ofercie nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, spoczywa na Odwołującym.

Odwołujący w tym przedmiocie przedstawił jako materiał dowodowy na rozprawie wydruk ze strony internetowej Przystępującego wskazujący – w ocenie Odwołującego – na chemiczny proces zachodzący w trakcie przebiegu produkcyjnego co do węgla aktywnego. Odwołujący wskazywał na podstawie powyższego, że w tym zakresie zachodzi proces pirolizy i aktywacji, które są procesami chemicznymi. Izba, odnosząc się do wskazanego dowodu stwierdziła, że nie może on stanowić wystarczającego potwierdzenia, że w przypadku produkcji węgla aktywnego mamy do czynienia z procesem chemicznym. Po pierwsze wskazany wydruk pochodzi ze strony internetowej może zatem potwierdzać, jedynie okoliczność, że określone informacje o określonej treści zostały zamieszczone na stronie internetowej Przystępującego. Po drugie Przystępujący, odnosząc się do tego materiału dowodowego wskazał, że przedmiotem produkcji Przystępującego są różnego rodzaju węgle, nie tylko węgiel aktywny. Przywołany przez Odwołującego proces nie odnosi

się do wprost do produkcji węgla aktywnego, tylko do węgla carbomedicalis jako substancji. Proces przedstawiony na wydruku ze strony internetowej dotyczy zatem innego rodzaju węgla niż przedmiot zamówienia. Spornej kwestii w niniejszym postępowaniu ów wydruk ze strony internetowej nie dotyczy. Odwołujący nie zaprzeczył tym okolicznościom i nie sprzeciw im się w żaden sposób.

Tym samym przedłożony dowód przez Odwołującego nie może być miarodajny dla Izby, niezależnie od okoliczności, czy zachodzące w toku produkcji węgla aktywnego procesy mają charakter zmian chemicznych, czy też nie. Co do tej kwestii Izbie zostały przedstawione przez Przystępującego dwa wiarygodne dowody w sprawie, tj. opinia Instytutu Organicznego z lipca 2010 roku i opinia Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie z dnia 12 lipca 2010 roku. Obydwie opinie mają charakter dokumentów prywatnych przedłożonych w sprawie, jednak ich wiarygodność i moc dowodową Izba oceniła pozytywnie. Opinie te zostały przygotowane przez jednostki badawcze i naukowe, przez osoby posiadające tytuły naukowe, zaś pierwsza z opinii została przygotowana przez jednostkę akredytowaną przez Europejską Agencję Chemikaliów co dodatkowo potwierdza wiarygodność tych dowodów, stąd też Izba dała wiarę stanowiskom zaprezentowanym we wskazanych dokumentach. Z treści tych opinii wynika, że koks aktywny i węgiel są innymi postaciami koksu zwykłego i we wszystkich tych przypadkach (koks aktywny, węgiel i koks zwykły) występuje ta sama struktura chemiczna substancji, zaś różnice odnoszą się jedynie do postaci fizycznej produktu końcowego (np. granul). Wskazano też, że własności fizyczne dowolnych węgli aktywnych i koksów mogą być różne, ale często ulegają one zmianie w trakcie eksploatacji, co nie oznacza, że nie pozostają one w dalszym ciągu węglami i koksami aktywnymi. Podkreślono też, że w trakcie przeprowadzonych badań nie zaobserwowano zmiany struktury chemicznej koksu aktywnego w stosunku do koksu wzorcowego oraz istotnych zmian struktury chemicznej węgla aktywnego w stosunku do koksu aktywnego i koksu wzorcowego. Izba nie mogła pominąć przy ocenie dowodów tych specjalistycznych stanowisk w sprawie wyrażonych przez naukowców posiadających w tym zakresie określoną wiedzę, tym bardziej, że Odwołujący żadnych innych dowodów w tym zakresie nie przedstawił, ani też skutecznie nie podważył przedłożonych przez Przystępującego opinii. Tym samym uznać należało, że warunek wskazujący na konieczność przedłożenia badań i pełnej rejestracji substancji, co do węgla oferowanego przez Przystępującego w niższym postępowaniu, nie zachodził, nie mielibyśmy bowiem w tym zakresie do czynienia z procesem chemicznym przy produkcji węgla aktywnego.

W ocenie Izby nie może stanowić wiarygodnego i przesądzającego w tej sprawie stanowiska przedłożony przez Odwołującego wydruk ze strony internetowej (jak podał Odwołujący), wskazujący na stanowisko Norit Activated Carbon i stanowisko Activated

Carbon Producers Association z października 2008 r. Stanowiska te są stanowiskami Stowarzyszenia Producentów Węgla Aktywnego i podmiotu zrzeszonego w ramach tego stowarzyszenia i wyrażają opinie o konieczności pełnej rejestracji węgla aktywnego w ramach procedur rozporządzenia REACH. Powyższe stanowiska stanowią pogląd wyrażany przez określoną grupę przedsiębiorców, którzy mogą być zainteresowani wywodzeniem konieczności przeprowadzeniem określonej procedury rejestracji przez inne podmioty, nie tylko zrzeszone w ramach stowarzyszenia, bowiem powyższe może mieć dla tych producentów znaczenie w kontekście ograniczenia konkurencji na rynku. Z tych też względów ów materiał, który dodatkowo nie wskazuje źródła swojego pochodzenia (brak wskazania linku, adresu internetowego z jakiego pochodzi wydruk) i który w żaden sposób nie został uwiarygodniony przez Odwołującego, nie mógł stanowić potwierdzenia okoliczności dowodzonych przez Odwołującego.

Co do kwestii dowodzonej w odwołaniu przez Odwołującego, mianowicie, iż Przystępujący dokonywał produkcji lub importu substancji (węgla aktywnego) w ilościach wynoszących lub przekraczających 1 000 ton rocznie, co wskazywałoby na konieczność właściwej rejestracji tych substancji do dnia 1 grudnia 2010 r., Izba uznała je za nie udowodnione. Przedstawione przez Odwołującego dowody w tym zakresie nie potwierdzają okoliczności dokonywania produkcji lub importu wskazanej substancji, a jedynie potwierdzają okoliczność, iż oferta Przystępującego została wybrana w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego analogiczny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu. Dowody te (ogłoszenia o wyniku postępowania, informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej) nie potwierdzają jednak, że wskazane zamówienia właśnie przez Przystępującego zostały zrealizowane. Można sobie bowiem także teoretycznie wyobrazić sytuację, w której w ofertach składanych przez Przystępującego w tych postępowaniach wskazany był podwykonawca, który faktycznie mógł realizować te zamówienia, można sobie wyobrazić, że Odwołujący nie podjął się wykonania zamówienia, czy też, że Zamawiający unieważnił owe postępowania. We wszystkich takich przypadkach faktyczna produkcja, czy import substancji nie nastąpiłby. Dodatkowo w toku rozprawy Przystępujący wywodził, że przy ocenie produkcji w ilości 1 000 ton rocznie bierze się pod uwagę ilość substancji w produkcie, a nie samego produktu. Substancją zaś jest węgiel, który stanowi ok. 80% produktu, czyli węgla aktywowanego. Przedstawione przez Odwołującego dwa duże zamówienia, mające znaczenie dla ilości ton importowanej, czy produkowanej substancji, bądź nie dotyczą produkcji węgla tylko jego reaktywacji (zamówienie realizowane na rzecz MPWiK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu), bądź nie zostały do tej pory zrealizowane w całości (MPWiK w M. ST. Warszawie S.A., gdzie zrealizowano ok. 480 ton węgla aktywnego, co stanowi ok. 384 ton substancji). Z tych też względów Izba nie mogła stwierdzić, że został przekroczony pułap 1000 ton rocznie importu,

czy produkcji danej substancji, co również potwierdza brak obowiązku pełnej rejestracji produktu zgodnie z rozporządzeniem REACH.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba też, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunków - uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....