

WYROK
z dnia 5 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2017 roku przez Odwołującego – **J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: F.U.H.E. z siedzibą w S.**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu z siedzibą w Wałczu**

przy udziale wykonawcę **O.P. S.A. z siedzibą w T.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: F.U.H.E. z siedzibą w S.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego **J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: F.U.H.E. z siedzibą w S.** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: F.U.H.E. z siedzibą w S.** na rzecz Zamawiającego kwotę 1 290,00 zł (słownie: tysiąc dwieście dziewięćdziesiąt złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę, w tym koszty noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Koszalinie**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 9 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.U.H.E. z siedzibą w S., dalej jako „Odwołujący”.

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę paliwa okrętowego, nr sprawy 2/2017, prowadzi Zamawiający: 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2017/S 020-033250 w dniu 28 stycznia 2017 r.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na przyjęciu oferty wykonawcy O.P. S.A. jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu, uznaniu tej oferty za najkorzystniejszą oraz na zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, uchybił następującym przepisom:

- art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę O.P. S.A., w sytuacji gdy treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, co przejawia się w szczególności w przedstawieniu przez O.P. S.A. oferty produktu, który nie został dopuszczony do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej - zgodnie z wymaganiami jakościowymi nr 3/2014 i który nie zawierał wymaganych badań laboratoryjnych wykonywanych na urządzeniach okrętów oraz badań wskazujących na możliwy okres przechowywania;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę O.P. S.A., w sytuacji gdy treść przedmiotowej oferty nie odpowiada treści SIWZ i nie spełnia podstawowych wymagań określonych przez Zamawiającego, pomimo ciężącego na nim obowiązku w tym zakresie w przypadku zaistnienia ustawowo przewidzianych przesłanek odrzucenia oferty wadliwej;
- art. 22 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego do ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcy O.P. S.A., w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, w szczególności nie posiadał produktu dopuszczonego do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej oraz nie przeprowadził niezbędnych badań oferowanego produktu, co wskazuje na okoliczność iż wykonawca ten nie posiada kompetencji do prowadzenia tego rodzaju działalności.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez O.P. S.A. oraz odrzucenie tej oferty jako niespełniającej warunków SIWZ,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert wykonawców i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem złożył on jedyną prawidłową ofertę spełniającą wszystkie warunki przewidziane SIWZ, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą, a na skutek naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się w utracie możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem ustawowo przewidzianego terminu, albowiem dnia 1 czerwca 2017 r. wiadomością mailową przesłana została treść pisma o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś wartość zamówienia przekracza kwoty przewidziane w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w wyniku powtórnej oceny ofert w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca O.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w T.. Zamawiający uznał, iż w wyniku wstępnej weryfikacji tylko dwóch wykonawców spełniało warunki udziału w postępowaniu przetargowym, a zaoferowane przez nich oferty dostawy odpowiadały wymaganiom określonym przez Zamawiającego i były ważne. Oferta złożona przez O.P. S.A. została oceniona jako najkorzystniejsza, ponieważ uzyskała najwyższą ilość punktów - 100 pkt według kryteriów; cena - 60 pkt i okres przechowywania - 40 pkt, ponadto wykonawca ten złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak było podstaw do jego wykluczenia. Natomiast oferta złożona przez Odwołującego otrzymała 68,20 pkt według kryteriów: cena - 28,20 pkt i okres przechowywania - 40 pkt.

Z powyższym wyborem Odwołujący się nie zgadza, a to ze względu na okoliczność, iż oferta wybrana nie spełniała warunków przewidzianych w SIWZ i jako taka winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Według SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa paliwa okrętowego wykonywana w latach 2017, 2018 i 2019, zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego wymaganiami jakościowymi i klauzulami jakościowymi zamieszczonymi w „opisie przedmiotu zamówienia” stanowiącym załącznik nr 2 do tej specyfikacji oraz zgodnie z wymaganiami zawartymi w zestawieniu (strona 3 Specyfikacji).

Zestawienie w rozdziale III w punkcie 1 opisu przedmiotu zamówienia w wymaganiach dotyczących produktu wskazuje na konieczność zapewnienia przez oferenta

produktu dopuszczonego do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej RP oraz posiadania aktualnego zaświadczenia Szefa Szefostwa Służby MPS Inspektoratu Wsparcia SZ. Ponadto Zamawiający w punkcie 2 i 3 rozdziału III Specyfikacji wskazał, iż zaofertowany przez wykonawcę produkt musi być dopuszczony do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej RP - zgodnie z wymaganiami jakościowymi nr 3/2014 zamieszczonymi w „opisie przedmiotu zamówienia” stanowiącymi załącznik nr 2 do Specyfikacji. Powyższe zaświadczenie Szefa Szefostwa Służby MPS musi być wystawione na potrzeby aktualnie prowadzonego postępowania przetargowego i musi być dołączone do oferty. Dodatkowo oferowany produkt nie może być w fazie testowej.

Powyższe znajduje potwierdzenie również w zapisach Specyfikacji w rozdziale VIII dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, gdzie w punkcie V ponownie wskazano, iż w celu spełnienia przez oferowane dostawy, będące przedmiotem postępowania wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający żąda aby wykonawca posiadał aktualne zaświadczenie wystawione przez Szefa Szefostwa Służby MPS Inspektoratu Wsparcia SZ, potwierdzające dopuszczenie dostarczanego produktu do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej RP, zgodnie z zapisami Wymagań Jakościowych nr 3/2014. Przedmiotowe aktualne zaświadczenie wymagane jest ponadto w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, będące przedmiotem niniejszego postępowania odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego - zgodnie z punktem 3 rozdziału IX stanowiącym wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Załącznik nr 2 do SIWZ wskazuje zaś na wymagania jakościowe nr 1/2016 A dla materiałów pędnych i smarów odbieranych przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe stanowiące wymagania ogólne dla produktu będącego przedmiotem dostawy. Zamawiający wskazał, że każda partia produktu przeznaczonego do ekspedycji dla odbiorcy wojskowego musi spełniać jednocześnie wymagania ogólne i wymagania szczegółowe dla danego produktu. Potwierdzeniem spełnienia tych wymagań jest posiadanie łącznie świadectwa jakości (raportów z badań, orzeczenia laboratoryjne wystawione przez producenta i wykonane w trakcie wojskowego odbioru jakościowego), innej dokumentacji jakościowej z kontroli parametrów wykonywanych w ramach badań kwalifikacyjnych, deklaracji zgodności zgodnie z zasadami określonymi w PNEN ISO/IEC 17050-1:2005 potwierdzającej zgodność produktu z wyspecyfikowanymi wymaganiami szczegółowymi danego produktu lub „Deklaracji zgodności w zakresie obronności i bezpieczeństwa”(zgodnej z ustawą o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa) oraz protokołu odbioru wojskowego.

Co istotne, zgodnie z ust. 11 w/w wymagań jakościowych w przypadku niemożności wykonania badań niektórych parametrów w trakcie wojskowego odbioru jakościowego

dopuszczalne jest na wniosek wykonawcy i za zgodą Zamawiającego odstępianie od wykonania takiej kontroli parametrów jakościowych objętych np. badaniami okresowymi, których wyniki zostały wpisane do treści dokumentów jakościowych wystawionych przez laboratorium producenta lub wykonywanych dla jego potrzeb. Warunkiem uznania wyników przedmiotowych badań jest udokumentowanie, że dokumentacja techniczna produktu ujmuje badania jako wykonane doraźnie, a wykonawca posiada wyniki badań, stanowiące spełnienie wymagań jakościowych Zamawiającego. W takim przypadku jednak wykonawca zobowiązany jest wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o uznanie ich za równoważne świadectwom jakości przywołanym w wymaganiach jakościowych - zgodnie z ust. 12 wymagań ogólnych.

Ponadto w wymaganiach jakościowych nr 3/2014 wskazano, iż wyrób musi spełniać wymagania zawarte w pkt 2 Normy Obronnej N091A268:2014 dla paliwa okrętowego kod NATO F-75, a gwarantowany okres przechowywania wynosi 3 lata. W tym miejscu podkreślić trzeba, iż również w przedmiotowych wymaganiach w punkcie 7 wskazano, iż produkt musi być dopuszczony do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej RP, a zaświadczenie potwierdzające dopuszczenie dostarczanego produktu do eksploatacji w sprzęcie Marynarki Wojennej RP oferent zobowiązany jest przedstawić w trakcie wojskowego odbioru jakościowego.

Analiza dokumentacji składającej się na ofertę wykonawcy O.P. S.A. wskazuje na to, że wykonawca ten nie posiada aktualnego zaświadczenia Szefa Szefostwa Służby MPS Inspektoratu Wsparcia SZ o dopuszczeniu dostarczanego produktu do eksploatacji w sprzęcie Marynarki Wojennej RP stanowiącego przedmiot zamówienia.

W aktach postępowania przetargowego znaleźć można pismo Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z dnia 08 marca 2017 r. podpisane przez Szefa Szefostwa MPS płk Z.D. kierowane do wykonawcy O.P. S.A. informujące, że decyzją Gestora sprzętu oferowane przez niego paliwo okrętowe F-75 zostało warunkowo dopuszczone do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej. Załącznikiem do tego pisma było pismo z tej samej daty sporządzone przez Inspektora Marynarki Wojennej wz. Konradmirała J.Z. kierowane do Zastępcy Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ- Szefa Logistyki, w którym dookreślono, że na podstawie przesłanych certyfikatów Zgodności Wyrobu nr 9/C)iB/2017 oraz 120/Cw-1/17 z Normą Obronną NO-91- A268:2014 Materiały pędne i smary, paliwo okrętowe kod NATO F-75 dopuszczono warunkowo do stosowania w SpW Marynarki Wojennej paliwo okrętowe F-75 produkowane przez O.P. S.A.

Jednocześnie w piśmie poinformowano, że w związku z powyższym konieczne będzie przeprowadzenie badań eksploatacyjnych przedmiotowego paliwa w SpW Marynarki Wojennej w trybie i formie ustalonej we współpracy z Jednostką Certyfikującą Wyroby ITWL.

Powyższe wskazuje na okoliczność, iż przesłane przez wykonawcę O.P. S.A. certyfikaty zgodności z wyżej przywołanymi normami okazały się niewystarczające dla docelowego i wymaganego przez Zamawiającego dopuszczenia do eksploatacji oferowanego produktu.

W sprawie warunkowego dopuszczenia produktu oferowanego przez O.P. S.A. do eksploatacji w związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym wymieniono w Inspektoracie Wsparcia Sił Zbrojnych oraz Dowództwie Generalnym Rodzajów Sił Zbrojnych cały szereg korespondencji. I tak w piśmie z dnia 04 kwietnia 2017 r. Szef Szefostwa Służby MPS płk Zenon Dąbrowski poinformował Komendanta 1 Regionalnej Bazy Logistycznej, że badania eksploatacyjne paliwa okrętowego F-75 oferowanego przez O.P. S.A. są niezbędne do przeprowadzenia certyfikacji na zgodność z wymaganiami normy NO-91-A268 w ramach obowiązującego systemu oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa. W piśmie z dnia 24 kwietnia 2017 r. Szef Szefostwa Służby MPS wskazał natomiast, iż warunkowe dopuszczenie przedmiotowego produktu wynika z decyzji gestora o konieczności przeprowadzenia przywołanych badań.

Ponadto warto podkreślić, iż Komendant płk P.M. zwrócił się do Dowództwa Generalnego Rodzajów Sił Zbrojnych o uzasadnienie stanowiska w przedmiocie wydania zaświadczenia o warunkowym dopuszczeniu do eksploatacji produktu O.P. S.A., ponieważ stanowisko to waży na decyzji Zamawiającego o odrzuceniu bądź nie oferty, która ma takie warunkowe dopuszczenie. Ze względu na powyższe odbyło się spotkanie w sprawie prowadzonego postępowania przetargowego, na którym ustalono, iż zwrot „warunkowe dopuszczenie” w zaświadczeniu wydanym dla wykonawcy O.P. S.A. został użyty omyłkowo, a oferowany przez tego wykonawcę produkt spełnia wymóg dopuszczenia do stosowania w SpW MW. Natomiast pozostały do realizacji etap prowadzonych badań jest bez istotnego znaczenia na wynik końcowy. Na okoliczność tego spotkania sporządzono stosowną notatkę.

Powyższe wyjaśnienie ustalone na spotkaniu, w żaden sposób nie tłumaczy jednak okoliczności braku po stronie wykonawcy O.P. S.A. zaświadczenia o dopuszczeniu do eksploatacji na jednostkach pływających MW oraz do postępowania przetargowego na dostawę paliwa okrętowego w niniejszej sprawie.

O.P. S.A. posiadało przedmiotowe zaświadczenie obejmujące jedynie warunkowe dopuszczenie jej produktu do eksploatacji, zaś zgodnie z zapisami SIWZ konieczne jest posiadanie przez składającego ofertę uczestnika przetargu produktu dopuszczonego do eksploatacji na podstawie aktualnego zaświadczenia Szefa Szefostwa Służby MPS. Przy tym podkreślić należy, iż Zamawiający bardzo precyzyjnie określił wymagania dotyczące zamawianego produktu i nie rozszerzał tych wymagań na warunkowe dopuszczenia, czy też dopuszczenia, które miałyby być pozyskane przez wykonawców

w przyszłości. Nie należy zatem stosować wykładni rozszerzającej co do zwrotów umieszczonych w Specyfikacji przez Zamawiającego, w szczególności gdy Specyfikacja ta jest bardzo szczegółowa i wskazuje na „wymóg produktu dopuszczonego do eksploatacji” wielokrotnie tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w warunkach udziału w postępowaniu, a także w wykazie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Powyższego zaświadczenia Szefa Szefostwa Służby MPS jak i sformułowań w nim zawartych nie należy zatem traktować w sposób dowolny, nie przywiązując wagi do określenia rodzaju takiego dopuszczenia, w szczególności jeśli jest to warunek konieczny dla udzielenia zamówienia wykonawcy.

Jako wątpliwy i niczym nieuzasadniony jawi się natomiast argument wskazany poniekąd, zdaniem Odwołującego, jedynie na potrzeby dostosowania oferty umożliwiającego wybór konkretnego podmiotu składającego ofertę, zaistnienia oczywistej omyłki w treści zaświadczenia Gestora poprzez użycie niefortunnego sformułowania „warunkowe dopuszczenie”. Powyższe nie może bowiem zostać uznane i potraktowane jako oczywista omyłka w zaświadczeniu, ponieważ zwrotu „warunkowe dopuszczenie” w odniesieniu do produktu oferowanego przez wykonawcę O.P. S.A. używano wielokrotnie w przywołanej powyżej korespondencji Służb i takie też zaświadczenie zostało złożone do akt postępowania przetargowego razem z ofertą przez wykonawcę.

Ponadto podkreślić należy, iż nie sposób przychylić się do stanowiska Zamawiającego i przedstawicieli Gestora przedstawionego na spotkaniu w dniu 08 maja 2017 r. w przedmiocie zaistnienia wyżej wskazanej omyłki, albowiem przy wydaniu wymaganego do dokumentacji przetargowej zaświadczenia sformułowanie to zostało użyte celowo ze względu na brak przeprowadzenia przez wykonawcę badań eksploatacyjnych. Zamawiający zaś w SIWZ nie dopuścił możliwości przedłożenia zaświadczenia wskazującego na warunkowe dopuszczenie produktu, dlatego też takie działanie uznać należy za podjęte jedynie w celu dostosowania oferty wykonawcy do przedmiotowej Specyfikacji.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący stoi na stanowisku, iż w dokumentacji składającej się na ofertę wykonawcy O.P. S.A. nie ma wymaganego zaświadczenia Szefa Szefostwa Służby MPS o dopuszczeniu oferowanego przez nich produktu do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej RP. Brak jest również zaświadczenia wydanego po sprostowaniu oczywistej omyłki, której zaistnienie Odwołujący oczywiście kwestionuje. W zaświadczeniu przedstawionym przez wykonawcę nie widnieje również żadna wzmianka o dopuszczalności tego produktu do procedur przetargowych.

Celem skonfrontowania prawidłowości dokumentacji przedstawionej przez O.P. S.A., że F.U.H.E. pozyskała wymagane zaświadczenie, zgodnie z treścią którego oferowane przez firmę paliwo okrętowe kod NATO F-75 według wymagań Normy Obronnej N0-91-A268:2005

na podstawie przedstawionego „programu prac” i badań laboratoryjnych zostało dopuszczone do eksploatacji na jednostkach pływających MW oraz do postępowania przetargowego nr 2/2017 na dostawę paliwa okrętowego.

Powyższe jest o tyle istotne, że warunkowe dopuszczenie produktu do eksploatacji przez Siły Zbrojne, które posiada wykonawca O.P. S.A. wydawane jest jedynie w celu wykonania stosownych testów i badań laboratoryjnych. Produkt ten został zatem dopuszczony do badań, co sugeruje że jest on w fazie testowej. Siły Zbrojne zaś dopuszczając produkty do stosowania w technice pływającej Marynarki Wojennej wymagają uprzedniego przeprowadzenia badań laboratoryjnych, badań na urządzeniach okrętów, a także badań na czas przechowywania, co znajduje także potwierdzenie w SIWZ.

Odnosząc się do przedłożonych do akt postępowania przetargowego dokumentów w postaci certyfikatów zgodności wyrobu lub orzeczeń na zgodność z Normą Obronną N0-91-A268:2005, podkreślić należy, iż dokumenty te obejmują potwierdzenie przeprowadzenia badań na okrętach i na ich przechowywanie. Powyższe jest o tyle istotne, że według wiedzy Odwołującego wykonawca O.P. S.A. takich badań faktycznie nie przeprowadziło, co skutkuje wprowadzeniem w błąd Zamawiającego. Wyżej wskazane badania laboratoryjne prowadzi się na potwierdzenie zgodności z Normą Obronną No-91- A268:2005, a zgodnie z wymaganiami jakościowymi nr 3/2014 stanowiącymi integralny załącznik do SIWZ wykonawca musi zagwarantować 3-letni okres przechowywania. Wykonawca O.P. nie przeprowadził badań na czasookres przechowywania, co potwierdza dodatkowo okoliczność braku przedstawienia przez niego stosownych wyników takich badań. Powyższe daje podstawę do uznania, że wykonawca O.P. S.A. nie spełnia wymogu zgodności oferowanego przez nich produktu z wyżej wskazaną Normą Obronną i Certyfikatem zgodności, a przedstawione w ofercie dokumenty mają na celu jedynie obejście wymogów określonych przez Zamawiającego, ponieważ w rzeczywistości nie spełniają one wymogów wojskowych.

To znajduje potwierdzenie właśnie w stanowisku przedstawionym przez Inspektora Marynarki Wojennej w piśmie z dnia 08 marca 2017 r., w którym wskazał wprost że „na podstawie przesłanych Certyfikatów Zgodności Wyrobu nr 9/OiB/2017 oraz 120/Cw- 1/17 z Normą Obronną N0-91-A268:2014 Materiały Pędne i Smary paliwo okrętowe kod Nato F-7 dopuszcza warunkowo do stosowania w SpW Marynarki Wojennej” z zastrzeżeniem, że „konieczne będzie przeprowadzenie badań eksploatacyjnych przedmiotowego paliwa w SpW Marynarki Wojennej”.

Wykonawca O.P. S.A. został zatem jedynie dopuszczony do przeprowadzenia badań eksploatacyjnych, co wywołuje konieczność ich przeprowadzenia dla uzyskania dopuszczenia paliwa do eksploatacji, dlatego też sformułowania „warunkowe dopuszczenie” nie można traktować jako oczywistej omyłki Gestora.

To zaś wskazuje na ewidentną niezgodność istotnej dokumentacji ofertowej tego wykonawcy z SIWZ.. Wykonawca, którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą nie posiada bowiem wymaganego Specyfikacją zaświadczenia o dopuszczeniu produktu do eksploatacji w technice Marynarki Wojennej i nie posiada przeprowadzonych badań eksploatacyjnych warunkujących pozyskanie dopuszczenia docelowego.

Zgodnie zaś z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. W sytuacji jednak braku takiej zgodności oferta wykonawcy, która jest sprzeczna ze Specyfikacją winna zostać odrzucona, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

Zarówno orzecznictwo jak i doktryna przychylają się do interpretacji przywołanych przepisów zgodnie z ich literalnym brzmieniem. W duchu powyższego wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 01 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1320/16; w wyroku z dnia 13 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 890/16. Oznacza to, że wykonawcy nie mogą w sposób dowolny interpretować zapisów SIWZ, zaś Zamawiający nie mogą odbiegać w ocenie składanych ofert od wymogów przedstawionych wcześniej w tej Specyfikacji. Uczestnicy postępowania przetargowego są zatem związani treścią Specyfikacji jak i treścią składanych przez wykonawców ofert. Oferty przedstawione przez wykonawców są konfrontowane z wytycznymi zawartymi w Specyfikacji i jeśli w kwestii merytorycznej, istotnej dla przedmiotu zamówienia są niezgodne ze Specyfikacją, to oferty takie powinny być przez Zamawiającego odrzucone.

Oferta O.P. S.A. nie spełniała wymogów zawartych w Specyfikacji sporządzonej przez Zamawiającego, ponieważ nie zawierała wymaganych dokumentów istotnych dla przedmiotu zamówienia. Czynność wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy O.P. S.A. jako najkorzystniejszej winna zatem zostać unieważniona, ponieważ oferta ta nie spełniała podstawowych kryteriów wymaganych przez Zamawiającego. Brak zaświadczenia o dopuszczeniu produktu tego wykonawcy do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej, jak również brak wymaganych badań eksploatacyjnych uprawniających produkt do przystąpienia do procedury przetargowej wskazuje dodatkowo na okoliczność braku kompetencji tego wykonawcy do prowadzenia działalności objętych przedmiotem zamówienia, co prowadzi do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 b pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca nie posiadał zatem stosownych uprawnień, dokumentów uprawniających do ubiegania się o udzielenia zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 08 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 366/17 *„Zamawiający powinien przyjmować dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p. wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie takie, które w swojej treści potwierdzają spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak*

podstaw do wykluczenia na dzień składnia ofert, a taki stan ma się utrzymywać aż do zawarcia umowy.” W niniejszej sprawie zaś wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i istniała realna podstawa do wykluczenia go z postępowania.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu sformułowanych przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem jednoznacznie i szczegółowo opisał warunki udzielenia zamówienia publicznego i oferty składane przez wykonawców winny te warunki spełniać, bowiem od ich spełnienia uzależniona jest możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu przetargowym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił jego oddalenie w całości. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego, przedstawił także dodatkową argumentację w piśmie procesowym złożonym na rozprawie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert.

Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego o konieczności oddalenia odwołania z powodu złożenia oferty z ceną, która przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Niniejsze odwołanie dotyczy oceny poprawności czynności Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert. Decyzja Zamawiającego o ewentualnym zwiększeniu kwoty na realizację zamówienia nie może warunkować możliwości korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Jest to suwerenna decyzja Zamawiającego, podejmowana w oparciu o wewnętrzną dokumentację, niezależnie od postępowania odwoławczego i jego wyników.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **O.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w T..** Przystąpienie uznano za skuteczne.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt V w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy będące przedmiotem zamówienia spełniają wymagania ustalone przez Zamawiającego, Zamawiający żądał posiadania aktualnego zaświadczenia wystawionego przez Szefa Szefostwa Służby MPS Inspektoratu Wsparcia SZ, potwierdzające dopuszczenie dostarczanego produktu do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej RP – stosowanie do wymagań jakościowych nr 3/2014 zamieszczonych w OPZ (zał. Nr 2 do SIWZ).

Przystępujący złożył w ofercie zaświadczenie wystawione przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych z dnia 8 marca 2017 roku, gdzie stwierdzono, że oferowane paliwo zostało warunkowo dopuszczone do eksploatacji.

Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w wyniku którego ustalono, że Inspektorat Marynarki Wojennej nie jest instytucją uprawnioną do wydania decyzji o spełnianiu lub nie spełnianiu warunków przez paliwo okrętowe F-75 do eksploatacji w technice pływającej MW oraz nie jest uprawniony do dopuszczania warunkowego lub bezwarunkowego paliwa do eksploatacji w SpW.

Opinia Gestora SpW z dnia 8 marca 2017 roku o warunkowym dopuszczeniu paliwa oznacza jedynie konieczność przeprowadzania badań eksploatacyjnych paliwa, a nie dopuszczenie w świetle zapisów obowiązujących wymagań jakościowych (Wymagania jakościowe nr 3/2014, wydanie 4 z dnia 13 stycznia 2017).

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z zapisami SIWZ jedyną instytucją uprawnioną do wydania spornego między Stronami postępowania odwoławczego zaświadczenia jest Szef Szefostwa Służby MPS Inspektoratu Wsparcia RP (gestor produktu). Zaświadczenie takie wydawane jest

każdorazowo podmiotowi, który zgłasza chęć uczestnictwa w konkretnie oznaczonym i wszczętym postępowaniu przetargowym. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił i potwierdził, że procedura wydania wymaganego zaświadczenia przewidziana i opisana jest w wydawnictwie ministerstwa Obrony Narodowej pt. „Normy i normatywy zużycia materiałów pędnych i smarów – sprzęt morski DD/4.21.3.01” MPS 146/2012 (Bydgoszcz 2012).

Przystępujący takie wymagane zaświadczenie złożył, i jak słusznie zauważył Przystępujący w piśmie procesowym zaświadczenie pozostaje aktualne, wydane jest na potrzeby przedmiotowego postępowania, bezterminowo.

Odwołujący wskazując na zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wywodził, iż oferowany przez Przystępującego produkt nie posiada dopuszczenia do eksploatacji w technice pływającej Marynarki Wojennej. Tymczasem tezie tej przeczy treść złożonego przez Przystępującego zaświadczenia, z którego wynika, że produkt został dopuszczony do eksploatacji. Choć gestor użył w zaświadczeniu sformułowania „warunkowo dopuszczony”, nie zmienia to faktu, iż produkt może być używany, po spełnieniu określonych warunków, choć jednocześnie samo zaświadczenie żadnych warunków nie wskazuje i nie odwołuje się w tym zakresie do innych dokumentów, czy też obowiązujących norm. Natomiast z innych złożonych w postępowaniu dokumentów wynika, że warunki te związane być mogą z przeprowadzeniem badań eksploatacyjnych, które wykonywane są już po podpisaniu umowy i zakupie produktu, co oznacza, że nie dotyczą etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie, po stwierdzeniu, że oferowane paliwo nie jest ujęte w tabeli materiałów pędnych i smarów, przeprowadzono procedurę (wykonaną przez właściwy instytut badawczy) warunkującą dopuszczenie produktu do eksploatacji, co skutkowało wydaniem Przystępującemu certyfikatów potwierdzających zgodność z normami wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego, które to dokumenty Przystępujący załączył do oferty. Na podstawie tych certyfikatów Wykonawca uzyskał złożone do oferty zaświadczenie.

Odwołujący w odwołaniu posługuje się zamiennie pojęciami badania eksploatacyjne i badania laboratoryjne, podczas gdy pojęcia te nie są ze sobą tożsame. O badaniach laboratoryjnych stanowi wzór umowy, który w części dotyczącej odbioru produktu wspomina o badaniach jakościowych produktu dokonywanych po wykonaniu dostawy paliwa. Zatem wydanie zaświadczenia o dopuszczeniu następuje przed przeprowadzeniem badań laboratoryjnych. Sama zaś Specyfikacja o konieczności przeprowadzenia badań, czy też konieczności załączenia ich wyników do oferty nie wspomina. Natomiast badania eksploatacyjne to badania przeprowadzane po zakupie produktu na sprzęcie, w którym paliwo jest użytkowane. Siłą rzeczy nie mogą być one przeprowadzone przed podpisaniem umowy. Dopuszczenia do eksploatacji nie należy więc utożsamiać z koniecznością przeprowadzenia badań eksploatacyjnych.

Warto także zauważyć, że oferowane przez Przystępującego paliwo jest tym samym paliwem, które oferuje Odwołujący, o czy świadczy podanie w obu ofertach w rubryce Oferowany Produkt (pełna nazwa handlowa oferowanego produktu oraz nazwa producenta) „Paliwo okrętowe F-75 O.P. S.A.” Izba nie wywodzi jednak zgodności oferowanego produktu przez Przystępującego tylko z tego, a swoje przekonanie opiera na dokumentach załączonych do oferty Przystępującego i przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu wyjaśniającym.

Zupełnie niezrozumiała dla Izby jest argumentacja Odwołującego o zaoferowaniu paliwa będącego w fazie testowej i braku dowodów na przeprowadzenie badań dotyczących przechowywania paliwa. Paliwo okrętowe F-75 jest od kilku lat używane w Siłach Zbrojnych, nie jest to produkt nowy, niesprawdzony. Natomiast Specyfikacja nie wymagała przedstawiania dowodów, z których wynikałoby pozytywne przeprowadzenie badań na przechowywanie paliwa.

Nie znajduje także potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym zarzut braku kompetencji do prowadzenia określonego rodzaju działalności, co oznaczać powinno (według Odwołującego), że Przystępujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tej kwestii dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą aktualnej koncesji umożliwiającej wykonywanie działalności regulowanej w zakresie obrotu paliwami ciekłymi. Przystępujący dowód posiadania ważnej i aktualnej koncesji przedstawił wraz z ofertą. Stąd wniosków Odwołującego nie można było uznać za uzasadnione.

Podsumowując, Przystępujący przedstawił dokument, z którego wynika, że oferowany przez niego produkt jest dopuszczony do użytkowania w technice pływającej Marynarki Wojennej, zgodnie z wymogami SIWZ. Złożone wraz z odpowiedzią pismo z dnia 29 czerwca 2017 roku wydane przez Szefa Szefostwa Służby MPS mające potwierdzać prawidłowość zaświadczenia z dnia 8 marca 2017 roku miało znaczenie drugorzędne, ponieważ w ocenie Izby możliwość dopuszczenia do użytkowania oferowanego paliwa wynikała już z treści pierwotnego zaświadczenia.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący: