

Sygn. akt: KIO 170/12

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lutego 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 lutego 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 roku przez **TEDEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Starej Iwicznej, ul. Nowa 17** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gorzów Wielkopolski - Miejski Zakład Komunikacji w Gorzowie Wielkopolskim, ul. Kostrzyńska 46**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **TEDEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Starej Iwicznej, ul. Nowa 17****

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup produktów ropopochodnych zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Gorzów Wielkopolski – Miejski Zakład Komunikacji W Gorzowie Wielkopolskim, ul. Kostrzyńska 46 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 grudnia 2011r. za numerem 2011-322323.

W dniu 23 stycznia 2012r. zamawiający przesłał wykonawcom faksem informację o wyniku postępowania, w tym w zakresie części I poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. Fuchs Oil Corporation (PL) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Kujawska 102 oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) ofert wykonawców Mark Spedition spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dołuje, ul. Słoneczny Sad 4a, „SPECOL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Kluczborska 31 oraz Tedex Spółka Akcyjna z siedzibą w Starej Iwicznej, ul. Nowa 17, przy czym tego ostatniego z uwagi na nie spełnianie przez oferowany produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP 10W-40 w kategorii jakości ACEA parametru E9, który to warunek wynikał z załącznika nr 2 pakiet nr 1 poz. 1 do siwz „Olej silnikowy: -klasa jakości API: CI-4, ACEA E9/E7/E6.

W dniu 27 stycznia 2012r. firma Tedex SA (zwana dalej odwołującym) wniosła odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność oceny ofert i odrzucenia oferty Tedex i zaniechanie wezwania Tedex do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Wskazał, że zaskarżone czynności zamawiającego naruszają art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, w związku z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez odrzucenie oferty odwołującego, które była zgodna z treścią siwz, mimo braku żądania przez zamawiającego jakichkolwiek dokumentów lub oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w sytuacji, w której zamawiający mimo braku żądania w siwz jakichkolwiek dokumentów lub oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, chciał przyjąć, że oferowany produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil nie spełnia parametru ACEA E9, art. 2 pkt 5 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór w zakresie

zadania (pakietu) pierwszego oferty Fuchs Oil Corporation spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która była najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej ewentualnie o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, nakazanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a nadto o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania, zeznań świadka Anety Marszałek na okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu zaoferowany miał być produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil oparty o pakiet Lubrizol, który różni się od standardowej wersji oleju Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil i spełnia parametr ACEA E9, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu chemii na okoliczność, iż oferowany produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil nadaje się do modyfikacji poprzez zastosowanie pakietu Lubrizol, przez co zostaje osiągnięta zgodność z wymaganym parametrem ACEA E9, dopuszczenie dowodu z karty produktu Lubrizol 40702 wraz z tłumaczeniem przysięgłym na okoliczność, iż pakiet spełniający wymagania ACEA E9 może być zastosowany w oleju Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil przez co zostaje osiągnięta zgodność z wymaganym parametrem ACEA E9, dopuszczenie dowodu z pisma Lubrizol – producenta produktu Lubrizol 40702 wraz z tłumaczeniem przysięgłym na okoliczność, iż pakiet spełniający wymagania ACEA E9 może być zastosowany w oleju Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil przez co zostaje osiągnięta zgodność z wymaganym parametrem ACEA E9, dopuszczenie dowodu z pisemnej opinii prywatnej biegłego na okoliczność, iż oferowany produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil nadaje się do modyfikacji poprzez zastosowanie pakietu Lubrizol przez co zostaje osiągnięta zgodność z wymaganym parametrem ACEA E9. W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby wykonawcy składali jakiegokolwiek dokumenty lub oświadczenia mające potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Spółka w zakresie części 1 zamówienia złożyła ofertę między innymi na produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP Motor Oil. Pismem z dnia 23 stycznia 2012 roku, wysłanym faxem i otrzymanym przez Tedex S.A. w tym samym dniu, zamawiający poinformował Spółkę o odrzuceniu jej oferty z uwagi na to, że w zakresie pakietu nr 1 pozycji 1 zaoferowany produkt Tedex Diesel Truck UHPD LSP UHPD LSP Motor Oil w kategorii jakości ACEA nie jest zgodny w zakresie parametru E9, podczas gdy warunek ten zapisany był w załączniku nr 2 Pakiet nr 1 poz. 1 do SIWZ „Olej silnikowy: klasa jakości API: CI-4, ACEA E9/E7/E6”.

Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie, czy zaoferowany produkt spełnia wymagania SIWZ. Odwołujący na własną rękę nie przedkładał takich dokumentów, ponieważ wymóg taki nie wynikał z SIWZ.

Odwołujący nie wie, skąd zamawiający powziął informacje o tym, że produkt nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie parametru E9. Odwołujący podniósł, że na potrzeby Zamawiającego miała zostać wyprodukowana specjalna partia oleju z wykorzystaniem pakietu Lubrizol. Specyfikacja „półkowego” produktu Tedex Diesel Truck UHPD LSP 10W-40 jest inna od specyfikacji produktu zaoferowanego w niniejszym postępowaniu. Gdyby zamawiający zapytał o tożsamość specyfikacji ze strony internetowej ze specyfikacją oferowanego produktu, otrzymałby odpowiedź, że owe produkty różnią się między sobą. Zamawiający mógł to zrobić wykorzystując uprawnienie z art. 87 ust. 1 Ustawy PZP, jednak tego nie uczynił, w sposób nieuprawniony dokonując założenia o tożsamości obydwu produktów (oferowanego i prezentowanego na stronie internetowej). Podniósł, że z utrwalonego orzecznictwa KIO (a nawet wcześniej Zespołu Arbitrów UZP) wynika, że specyfikacje zawarte na stronach internetowych nie mogą stanowić wystarczającego dowodu pozwalającego na obalenie prawdziwości twierdzeń wykonawcy zawartych w ofercie, ponieważ informacje te mogą być nieaktualne lub nieadekwatne (jak w tym przypadku, gdy oferowana jest wersja zmodyfikowana produktu). Odwołujący nie ma obowiązku nadawania nowej nazwy handlowej każdemu produktowi, który parametrem odbiega od typowego. Zamawiający nie wymagał również, aby parametry oferowanego produktu wynikały z nazwy handlowej. W ocenie odwołującego, zamawiający poprzez uproszczone wymagania co do treści oferty oraz poprzez zrzeczenie się prawa do wymagania w SIWZ dokumentów potwierdzających parametry produktu, zaakceptował zarazem fakt, że jedyną gwarancją iż dany olej spełnia oczekiwane parametry, jest podpis wykonawcy pod ofertą, a weryfikacja niezgodności ofert z oczekiwaniami Zamawiającego będzie możliwa dopiero na etapie wykonania umowy. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010 r.; KIO/UZP 1527/10; LEX nr 617320). Wskazał, że działania zamawiającego spowodowały, że jego oferta mimo tego, że była najkorzystniejsza nie została wybrana. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 stycznia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 stycznia 2012r.

W dniu 27 stycznia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (okoliczność wynikająca z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, oraz ze zgłoszenia przystąpienia)

W dniu 30 stycznia 2012r. nadano w placówce pocztowej operatora publicznego zgłoszenie przystąpienia przez firmę Fuchs Oil Corporation spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Kujawska 102 po stronie zamawiającego. Zgłoszenie to dotarło do Izby w dniu 2 lutego 2012r. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a on sam jest zainteresowany wykonaniem przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu zgłoszenia zgłaszający podniósł, że przepis art. 87 ustawy uprawnia zamawiającego do uzyskania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, ale jest to uprawnienie zamawiającego a nie jego obowiązek. Stąd zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień jest bezzasadny. Wskazał na wyrok Izby z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt Kio/UZP 1782/09. Podniósł, że oferta odwołującego zakładała, że jej przedmiotem jest produkt Tedex Diesel Truck UHDP LSP Motor Oil, który jest jednym z produktów bazowych odwołującego i jest dostępny w stałej sprzedaży, a ze strony odwołującego wynika, że nie spełnia wymagań siwz. Ponadto wedle zgłaszającego przystąpienie, samo twierdzenie odwołującego, że zaoferowany produkt nie jest wersją standardową nie został poparty żadnym dowodem, również możliwość modyfikacji produktu bazowego przez zastosowanie pakietu lubrizol jest hipotetyczne. Zamawiający oceniając oferty słusznie ocenił, że świadczenie odwołującego nie odpowiadałoby oczekiwaniom zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. W zgłoszeniu zawarto oświadczenie o przekazaniu kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 stycznia 2012r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta zgłaszającego przystąpienie ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Zamawiający w dniu 3 lutego 2012 roku przedłożył odpowiedź na odwołanie. Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Zamawiający stwierdził, że nie żądał w siwz, aby wykonawcy składali jakiegokolwiek dokumenty mające potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez niego wymaganiom. Podał, że odwołujący w swojej ofercie wskazał nazwę handlową produktu Tedex Diesel Truck UHDP LPS Motor Oil przy nazwie oleju silnikowego i jego właściwościach zawierających w opisie klasę jakości E-9, tym samym złożył oświadczenie, że oferuje produkt posiadający właściwości określone przez zamawiającego. Zamawiający zweryfikował podana nazwę produktu z danymi zawartymi na stronie internetowej odwołującego i tak w opisie produktu parametr E-9 nie był wymieniony, co stało się podstawą odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tymczasem wskazał zamawiający, że orzecznictwo nie uznaje za wiarygodne informacji pochodzących nawet z oficjalnych stron producentów i wskazał na wyroki sygn. akt KIO 719/1, UZP/ZO/0-

39/06, UZP/ZO/0-1626/05, UZP/ZO/0-2074/05. Tym samym zamawiający podzielił pogląd odwołującego, że powinien być skorzystać z art. 87 ustawy i zażądać od odwołującego wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Wprawdzie żądanie przez zamawiającego od wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 87 ustawy jest uprawnieniem zamawiającego, ale w sytuacji, gdy nieskorzystanie z tego uprawnienia skutkowało odrzuceniem odwołującego jedynie w oparciu o specyfikacje zawarte na stronach internetowych, które nie mogą stanowić wystarczającego dowodu niezgodności treści oferty z treścią siwz. Odpowiedź została podpisana przez kierownika zamawiającego.

W dniu 3 lutego 2012r. Izba wezwała zgłaszającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględniania odwołania w całości przez zamawiającego.

W dniu 6 lutego 2012r. zgłaszający przystąpienie wniósł sprzeciw drogą faksową. Sprzeciw został podpisany przez pełnomocnika, który podpisał zgłoszenie przystąpienia.

Izba zważyła, co następuje :

W pierwszej kolejności Izba poddała weryfikacji skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Fuchs Oil Corporation (PL) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Kujawska 102 do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z uwagi na bezskuteczność przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie Fuchs Oil Corporation (PL) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Kujawska 102 z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystało, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 27 stycznia 2012r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 30 stycznia 2012r. W tym dniu przystępujący nadał w placówce pocztowej operatora publicznego treść przystąpienia w formie pisemnej do Prezesa Izby listem poleconym. Zgłoszenie przystąpienia dotarło do Izby w dniu 2 lutego 2012r. W tym samym dniu nadał także kopie do odwołującego i zamawiającego i wedle oświadczenia zamawiającego kopia ta dotarła do niego w dniu 2 lutego 2012r.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 30 stycznia 2012r., a więc z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 zd 1 ustawy. W

formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia wpłynęło dopiero w dniu 2 lutego 2012r., a więc z uchybieniem 3 dniowego terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy.

Dla zachowania terminu na wniesienie przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie przystąpienia Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 zd. 1 ustawy. W przepisach ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Takie domniemanie występuje wyłącznie dla skargi na wyrok Izby (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), a zatem gdyby wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwość wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na poczcie, to i w art. 185 ustawy takie rozwiązanie by wprost wprowadził. Z tych względów należało stwierdzić, że zgłoszenie przystąpienia dokonane w dniu 2 lutego 2012r. na wezwanie zamawiającego doręczone w dniu 27 stycznia 2012r. nie może być uznane w świetle art. 185 ust. 2 ustawy za skuteczne. Wobec stwierdzenia braku skuteczności przystąpienia, zgłaszający przystąpienie nie stał się uczestnikiem postępowania, a zatem jego sprzeciw nie mógł być uznany za wniesiony przez podmiot uprawniony w rozumieniu art. 186 ust. 3 i 4 ustawy w związku z art. 185 ust. 3 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie w terminie żaden wykonawca.

A zatem, w sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska odwołującego uznał słuszność argumentacji odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że zamawiający uznał zarzuty odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Przewodniczący:

.....