

Sygn. akt. KIO/UZP 1426/07

WYROK/POSTANOWIENIE^z

z dnia 19.12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie^{*} w dniu / w dniach^{*} 19.12.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ExxonMobil Petroleum & Chemical bvba Polderdijkweg z Belgii, 20-30 Antwerpia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z Warszawy, ul. Krucza 6/14** protestu / protestów^z z dnia 12.11.2007 r..

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie

2) nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty Shell Polska Sp. z o.o.

3) nakazuje dokonanie czynności ponownej oceny i wyboru ofert

4) kosztami postępowania obciąża Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z Warszawy, ul. Krucza 6/14

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3.156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ExxonMobil Petroleum & Chemical bvba Polderdijkweg z Belgii, 20-30 Antwerpia**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z Warszawy, ul. Krucza 6/14** na rzecz **ExxonMobil Petroleum & Chemical bvba Polderdijkweg z Belgii, 20-30 Antwerpia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16.844 zł 0 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ExxonMobil Petroleum & Chemical bvba Polderdijkweg z Belgii, 20-30 Antwerpia**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, na dostawę oleju dla silników gazowych wraz z usługą monitoringu na potrzeby eksploatacji zestawów tłocznych w Polskim Górnictwie Naftowym i Gazownictwie S.A., dla oddziałów w Zielonej Górze, Odolanowie i Sanoku w latach 2008 – 2010 (Dz. Urz. UE 2007/S 162 - 201860 z dn. 24.08.2007 r.), w dniu 12.11.2007 r. został złożony protest przez ExxonMobil Petroleum & Chemical bvba z Antwerpii.

Wniesienie protestu nastąpiło po powiadomieniu wykonawców w dniu 6.11.2007 r. o wyborze oferty Shell Polska Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 9 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 nr 223, poz. 1655), skutkiem:

- 1) pominięcia okoliczności zamieszczenia w wykazie załączonym do oferty trzech dostaw oleju Mysella MA 40, bez dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umów,*
- 2) pominięcia okoliczności nie dołączenia do oferty oświadczenia o zachowaniu*

poufnego charakteru informacji przekazywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

- 3) pominięcia okoliczności nie dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego rekomendację oferowanego oleju Mysella XL ze strony producenta silników Waukesha,*
- 4) nie odrzucenia wybranej oferty mimo załączenia dokumentów sporządzonych w języku angielskim bez ich tłumaczenia na język polski, w postaci:*
 - a) certyfikatu jakości str. 25 oferty,*
 - b) wyciągu z biuletynu producenta silników Waukesha, str. 30 oferty.*

W ocenie Odwołującego, wybór oferty Shell Polska Sp. z o.o. został dokonany z obrazą art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ wykonawca ten winien zostać wykluczony a jego oferta odrzucona. Zawiadomienie o wniesieniu protestu Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 13.11.2007 r.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, pismem z dnia 22.11.2007 r. przystąpił Shell Polska Sp. z o.o.

Zamawiający nie rozstrzygnął przedmiotowego protestu w ustawowym terminie 10 dni, od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, to jest do dnia 22.11.2007 r., do czego obliuguje art. 183 ust. 2 Pzp.

W odwołaniu wniesionym w dniu 27.11.2007 r., z kopią przekazaną jednocześnie Zamawiającemu, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Shell Polska Sp. z o.o.,*
- 2) powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert.*

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, pismem z dnia 4.12.2007 r. przystąpił Shell Polska Sp. z o.o.

Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego, tylko wówczas, jeżeli zgodnie z art. 181 ust. 4 pkt 1 Pzp, w ciągu trzech dni od otrzymania wezwania, przystąpił do postępowania protestacyjnego.

W niniejszym przypadku Shell Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania protestacyjnego, po upływie ustawowego terminu. Z tych względów Izba uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego przez Shell Polska Sp. z o.o. za bezskuteczne.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty Shell Polska Sp. z o.o.

Nadto rozpatrzyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy. Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Ad 1.

Zgodnie z rozdziałem 12 pkt 12.6 SIWZ, wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty wykaz zrealizowanych dostaw oleju wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich

wykonanie.

Wymagane było udokumentowanie wykonania przynajmniej jednej dostawy na minimum dwa tysiące litrów, w ostatnich trzech latach, przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy.

Shell Polska złożyła wykaz dostaw, według wzoru nr 4 do SIWZ, zawierający wymagane informacje o dostawach w okresie od stycznia do września 2007 roku dla:

- ENER-G Polska Sp. z o.o.,
- Invest Gas S.A.,
- Maro Sp. z o.o.,

Nie zostały przedstawione jakiegokolwiek referencje.

Pismem z dnia 05.10.2007 r. Zamawiający wezwał Shell Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie wykazanych dostaw, podając, że mogą to być referencje, potwierdzone faktury VAT, lub obustronnie podpisane protokoły odbioru, bez żadnych zastrzeżeń.

Shell Polska Sp. z o.o. do wyznaczonego terminu 5.11.2007 r. złożyła uzupełniająco następujące dokumenty, odnoszące się do wykazu: 14 faktur VAT wystawionych dla ENER-G Polska Sp. z o.o., bez ich potwierdzenia przez odbiorcę oraz przedstawiła referencje ENER-G Polska Sp. z o.o. z czego potwierdzają one należyte wykonanie dostaw:

- w ilości 627 litrów w dniu 24.05.2007 r.
- w ilości 627 litrów w dniu 14.05.2007 r.
- w ilości 836 litrów w dniu 05.05.2006 r.
- w ilości 1045 litrów w dniu 07.03.2006 r.

List referencyjny Invest Gas S.A. z dnia 26.10.2007 r. potwierdza jedynie dostawę oleju w 2007 r. w ilości 1672 litry.

Izba stwierdziła, że żaden z przedstawionych dodatkowo dokumentów, mających zaświadczać o należyтым wykonaniu, nie potwierdza dostawy, w wymaganej ilości jednorazowo 2000 litrów, we wskazanym okresie o czym dobitnie stanowi rozdział 12 pkt 12.6 siwz.

Konsekwencją powyższego był obowiązek Zamawiającego wykluczenia Shell Polska Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 Pzp, znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba zajęła następujące stanowisko.

Ad 2.

W sekcji III.1.1 pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, o numerze podanym na wstępie, przewidziano dołączenia do oferty, oświadczenia o zachowaniu poufności charakteru

informacji przekazywanych w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w rozumieniu art. 138 c ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wbrew stanowisku Zamawiającego nie jest to oświadczenie według wzoru nr 6 do siwz o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

Brak wymaganego w siwz oświadczenia, znajdującego umocowanie w treści powołanego przepisu ustawy, stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Ad 3.

Zamawiający wymagał oferty na olej Pegasus 710 (lub równoważny) oraz na olej Pegasus 805 (lub równoważny).

W rozdziale 5 pkt 5.1.6 SIWZ widnieje wymóg, by wykonawca dołączył do oferty dokument poświadczający rekomendację dla oferowanego oleju przez producenta silników Waukesha, jako że oleje muszą być zgodne z warunkami producenta silników gazowych serii VHP i AT „lean burn” firmy Waukesha, np. umieszczone w Biuletynie Serwisowym Nr 12 -181802 z 05.2003 r.

Shell Polska Sp. z o.o. zaoferowała olej Mysella MA 40 i Mysella XL, a do oferty dołączyła wyciąg z Biuletynu Serwisowego producenta silników Waukesha, gdzie zawarta jest rekomendacja oferowanego oleju Shell Mysella MA 40 oraz Mysella XL, co Odwołujący przyznał i nie podtrzymał w tym zakresie swoich zarzutów.

Ad 4.

Izba stwierdziła, że na stronie 25 oferty Shell Polska Sp. z o.o. znajduje się certyfikat jakości, sporządzony w języku angielskim. W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca do każdej dostawy dołączył niezbędne, zgodne z polskim prawodawstwem atesty, karty charakterystyki, certyfikaty, dopuszczenia itp. Zarzut braku tłumaczenia certyfikatu jest bezzasadny, bowiem certyfikat wraz z tłumaczeniem wybrany wykonawca będzie zobowiązany dołączyć do każdej dostawy produktu.

Wymieniony certyfikat nie był obligatoryjnie wymagany w ogłoszeniu, ani w SIWZ, złożenie go w ofercie, jako dokumentu dodatkowego, sporządzonego w języku angielskim, nie narusza postanowień art. 9 ust. 2 Pzp ani postanowień SIWZ.

Wyciąg z Biuletynu Serwisowego silników Waukesha, umieszczony na str. 30 wybranej oferty, sporządzony w języku angielskim, potwierdzający obligatoryjnie rekomendację dla zaoferowanego oleju Mysella MA 40 i Mysella XL, do stosowania w silnikach danego producenta, został złożony bez wymaganego tłumaczenia na język polski, narusza to art. 9 ust. 2 Pzp i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, jako niezgodnej z ustawą.

Zamawiający w treści ogłoszenia sekcja VI.3 oraz w rozdziale 8.8.6 SIWZ, wyraźnie zastrzegł, że dokumenty mają być sporządzone w języku polskim, bądź przedłożone wraz z

tłumaczeniem.

Biorąc od uwagę całokształt ustalonego stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy, oraz potwierdzenie się części zarzutów odwołania wybrana oferta winna zostać odrzucona.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust 1 i 2 pkt 1 i 2 PZP orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*