

Sygn. akt: KIO 387/12

## WYROK

z dnia 8 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, 44-101 Gliwice, ul. Kujawska 102** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju, 44-330 Jastrzębie – Zdrój, ul. Towarowa 1,**

przy udziale wykonawcy **PLATINUM OIL Małopolskie Centrum Dystrybucji Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, 20-445 Lublin, ul. Zemborzycka 116 B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 387/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, 44-101 Gliwice, ul. Kujawska 102 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, 44-101 Gliwice, ul. Kujawska 102 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od wykonawcy **Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, 44-101 Gliwice, ul. Kujawska 102** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju, 44-330 Jastrzębie – Zdrój, ul. Towarowa 1** kwotę **4 342 zł 42 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści dwa złote czterdzieści dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na: „Dostawę dla kopalń JSW S.A. cieczy hydraulicznych w łącznej ilości 798.432,41 kg i 6.000 litrów z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 grudnia 2011 r., nr 2010/S 238-385273.

W dniu 15 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze dla zadania nr 1 oferty wykonawcy Platinum Oil Małopolskie Centrum Dystrybucji Sp. z o.o. z siedzibą w Szczucinie, zwanego dalej wykonawcą „Platinum”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 24 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 24 lutego 2012 r.) wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez wykonawcę Platinum z powodu niezgodności jej treści z zapisami Załącznika Nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, (Specyfikacja Techniczna) pkt 2.2.2. oraz pkt 2.3,
- 2) nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, co przeczy generalnej zasadzie ustawy Pzp, zawartej w art. 7, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Platinum na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku postawionego w Załączniku Nr 1 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna) pkt 2.3.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
  - odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Platinum z powodu niezgodności jej treści z zapisami Załącznika Nr 1 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna) pkt 2.2.2. oraz pkt 2.3 zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

– powtórzenia czynności oceny ofert i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej,

3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż oferta wykonawcy Platinum nie odpowiada treści Załącznika Nr 1 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna) pkt 2.2.2. ponieważ Karta Charakterystyki Produktu HYDROKOP SEMISYNTETIC (str. 46 oferty) wymagana przez Zamawiającego w pkt 9.2 Załącznika Nr 1 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna), nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę Platinum wymaganego parametru gęstości w temperaturze 20°C [w kg/dm<sup>3</sup>], który winien się mieścić w przedziale 0,9 – 1,05 , a wynosi 1000 – 1100 kg/m<sup>3</sup>.

Ponadto oferta złożona przez wykonawcę Platinum nie zawiera dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego w pkt 2.3. Załącznika Nr 1 (Specyfikacja Techniczna) do SIWZ. Dokumenty przedłożone przez wykonawcę Platinum (str. 32-33 oraz 129-137 oferty) określają własności fizyko-chemiczne dla cieczy hydraulicznej typu HFA-E sporządzonej na bazie oferowanego koncentratu i wód wzorcowych X, Y, V, Z o stężeniu 0,5%, natomiast minimalne stężenie żądane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wynosi 1% (pkt 1.1. Załącznika Nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna).

W dniu 27 lutego 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Platinum do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 29 lutego 2012 r. (pismem z dnia 28 lutego 2012 r.) wykonawca Platinum przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 1 marca 2012 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając że uwzględnia całość zarzutów przedstawionych w odwołaniu, unieważni wybór najkorzystniejszej oferty oraz dokona powtórnej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca Platinum, pismem z dnia 2 marca 2012 r., wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zamawiający, dniu 6 marca 2012 r., po otwarciu posiedzenia złożył oświadczenie, iż cofa oświadczenie złożone w dniu 1 marca 2012 r. o uwzględnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, oświadczając iż nie uwzględnia zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosi o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść

SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut pierwszy dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy Platinum z treścią SIWZ (pkt 2.2.2. Specyfikacji Technicznej) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna w rozdziale 2 „Szczegółowe warunki techniczno – użytkowe przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” zamieścił postanowienie:

„2.2. Własności fizyko-chemiczne koncentratu w warunkach technicznych wytwarzania:

(...)

2.2.2. gęstość (w temp. 20°C w kg/dm<sup>3</sup>) musi mieścić się w zakresie 0,9 – 1,05”.

Nadto w rozdziale 7 Specyfikacji Technicznej „Wykaz dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty dla zadania 1, 2” wymagał złożenia m.in.:

„ 7.5.Karta charakterystyki substancji chemicznej.

7.6.Charakterystyka techniczna produktu.

(...)

7.9.Dokument wystawiony przez jednostkę badawczo – rozwojową lub inną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia potwierdzający uzyskanie wskaźnika optymalizacji stężenia, o którym mowa w pkt. 1.1., 1.3. oddzielnie dla każdej kopalni.

7.10. Dokument wystawiony przez jednostkę badawczo – rozwojową lub inną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia określający parametry fizykochemiczne pobranych próbek wody z danej kopalni”.

Wykonawca Platinum w załączeniu do oferty złożył „Kartę charakterystyki” (str. 41 – 51 oferty), w której w punkcie 9 „Właściwości fizyczne i chemiczne” dla gęstości wskazano „1000-1100 kg/m<sup>3</sup>”, oraz sprawozdania z badań nr: 4372/1/SL/11 (str. 65 oferty), 4372/2/SL/11 (str. 69 oferty), 4372/3/SL/11 (str. 73 oferty), 4372/4/SL/11 (str. 77 oferty),

4372/5/SL/11 (str. 81 oferty) i 4372/6/SL/11 (str. 85 oferty), w których dla parametru „gęstość w 20°C” dla jednostki „g/cm<sup>3</sup>” wskazano wynik „1,0 11”.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż z Karty charakterystyki substancji chemicznej przedłożonej przez wykonawcę Platinum (str. 46 oferty) istotnie nie wynika spełnienie wymaganego parametru gęstości w temperaturze 20° C [w kg/dm<sup>3</sup>]. Niemniej jednak jak wynika z treści SIWZ – co także zgodnie podkreślali Zamawiający i Przystępujący – brak było wskazania w SIWZ jakim dokumentem ów wymóg powinien zostać potwierdzony. Mógł to być więc każdy z dokumentów żądanych i wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w rozdziale 7 Specyfikacji Technicznej. Karta charakterystyki substancji chemicznej – jak słusznie podniósł Przystępujący – jest dokumentem informacyjnym i ogólnym, który zawiera informacje wykorzystywane podczas określania zasad bezpieczeństwa przy stosowaniu danego produktu. Natomiast informacje potwierdzające spełnienie postawionego przez Zamawiającego wymogu zawarte są w sprawozdaniach z badań załączonych do oferty a przeprowadzonych przez Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o. Ośrodek Badań Środowiska i Zagrożeń Naturalnych, które to badania charakteryzują produkt oferowany przez wykonawcę Platinum w tym konkretnym postępowaniu. A ponieważ ośrodek przeprowadzający te badania jest jednostką akredytowaną posiadającą status jednostki certyfikującej brak jest podstaw do kwestionowania zamieszczonych w sprawozdaniach wyników, które jednoznacznie potwierdzają spełnienie wymogu z punktu 2.2.2. Specyfikacji Technicznej. Tym samym zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

**Zarzut drugi dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy Platinum z treścią SIWZ (pkt 2.3. Specyfikacji Technicznej) oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna w rozdziale 2 „Szczegółowe warunki techniczno – użytkowe przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” zamieścił postanowienie:

„2.3. Własności fizyko-chemiczne dla cieczy hydraulicznej HFA – E zgodnie z normą PN –EN ISO 12922 : 2003 lub równoważną sporządzonej na bazie koncentratu i wody wzorcowej dla typu wody wzorcowej X, Y, V, Z.”.

Zamawiający w rozdziale 7 „Wykaz dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty dla zadania 1, 2” wymagał złożenia m.in. „dokumentu, wystawionego przez jednostkę badawczą – rozwojową lub inną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia potwierdzający uzyskanie wskaźnika optymalizacji stężenia, o którym mowa w pkt 1.1., 1.3. oddzielnie dla każdej kopalni” (pkt 7.9.).

Wykonawca Platinum w załączeniu do oferty złożył m.in.: Opinię techniczną Nr 3500/2/SL/10 dotyczącą oceny koncentratu emulgującego Hydrokop Semisyntetic (str. 32-33 oferty) oraz Sprawozdanie z badań nr 3500/1/SL/10, w treści których wskazano, iż badaniom poddano koncentrat o „0,5% stężeniu trudnopalnych cieczy”.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający w rozdziale 1 „Ogólne warunki techniczno – użytkowe przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” w pkt 1.1. podał, iż „wskaźnik optymalizacji stężenia powinien wynosić minimum 1%”. Jednocześnie – jak słusznie podniósł Przystępujący – w punkcie 1.2. doprecyzowując, iż „badania optymalizacji stężenia mają być wykonane przy użyciu wód faktycznie stosowanych do wytwarzania emulsji przez poszczególne zakłady górnicze. Do badań optymalizacji mają być dołączone wyniki analizy fizykochemicznej wody pobranej z danego zakładu górniczego, na której dokonano badań optymalizacji (pozycja 1, 2 i 3)”. Wykonawca Platinum przedłożył stosowne badania przeprowadzone na wodach kopalnianych w poszczególnych zakładach górniczych z uwzględnieniem 1%-centowego wskaźnika optymalizacji stężenia. Sformułowanie „0,5% trudnopalnych cieczy” użyte w Opinii technicznej Nt 3500/2/SL/10 dotyczy w istocie oceny koncentratu emulgującego Hydrokop Semisyntetic na zgodność z normą PN-EN ISO 12922. Z kolei Sprawozdanie z badań nr 3500/1/SL/10 dotyczy badań „0,5% trudnopalnych cieczy hydraulicznych typu HFA-E sporządzonych z koncentratu Hydrokop Semisyntetic i wód wzorcowych typu X, Y, V, Z oraz wody nr 1”, a więc badań, dla których Zamawiający w treści Specyfikacji Technicznej nie postawił jednoznacznego wymogu co do wartości wskaźnika optymalizacji stężenia. Tym samym na obecnym etapie postępowania nie można tego doprecyzowywać, twierdząc iż określenie wskaźnika w punkcie 1.1. Specyfikacji Technicznej odnosiło się także do innych badań. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 742,42 zł stosownie do faktury oraz kopii biletów złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....