

Sygn. akt: KIO 731/14

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. przez Odwołującego – **BAS-CHEM Forte sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie (62-200), przy ul. Roosevelta 83**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **BAS-CHEM Forte sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie (62-200), przy ul. Roosevelta 83** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **BAS-CHEM Forte sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie (62-200), przy ul. Roosevelta 83** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 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 Krakowie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych, pochodzących z produkcji bieżącej tj. 2014 roku” (nr sprawy: 11/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Przedmiot zamówienia podzielony został na 3 części (zadania).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2014 r. pod numerem 2014/S 012-016513.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2014 r., doręczonym wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu w dniu 7 kwietnia 2014 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w częściach 1-3 Postępowania. Ocena i wybór ofert w części 2 i 3 Postępowania zaskarżone zostały przez BAS-CHEM Forte sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie (62-200), przy ul. Roosevelta 83 (dalej: „Odwołujący”), który w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów Ustawy PZP:

1. W zakresie części 2 Postępowania:
 - 1.1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP poprzez:
 - 1.1.1. zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert, których treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), tj. ofert, w których wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu dostawy płynu na bazie octanu lub mrówczanu, które nie spełniają wymagań norm SAE AMS 1435, Runway and Taxiway Deicing/Anti-icing, w zakresie dopuszczalnym do stosowania w Europie;
 - 1.1.2. zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert, których treść nie

odpowiada treści SIWZ, tj. ofert, w których wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu dostawy płynu na bazie octanu lub mrówczanu, na które nie udzielono minimum 24-miesięcznego okresu przydatności do użytku liczonego od daty ich przyjęcia przez Odbiorcę;

1.2. art. 91 ust. 1 Ustawy PZP poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie spełnia warunków ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ, czyli oferty podlegającej odrzuceniu i nie wybraniu oferty spełniającej wymagania określone SIWZ oraz przepisami prawa.

2. W zakresie części 3 Postępowania:

2.1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP poprzez:

2.1.1. zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. ofert, w których wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu dostawy granulatu na bazie octanu lub mrówczanu, które nie spełniają wymagań norm SAE AMS 1431, Solid Runway and Taxiway Deicing/Anti-icing, w zakresie dopuszczalnym do stosowania w Europie;

2.1.2. zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. ofert, w których wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu dostawy granulatu na bazie octanu lub mrówczanu, na które nie udzielono minimum 24-miesięcznego okresu przydatności do użytku liczonego od daty ich przyjęcia przez Odbiorcę;

2.2. art. 91 ust. 1 Ustawy PZP poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie spełnia warunków ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ, czyli oferty podlegającej odrzuceniu i nie wybraniu oferty spełniającej wymagania określone SIWZ oraz przepisami prawa.

Wobec tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2, ewentualnie zaś – unieważnienie zaskarżonych czynności i Postępowania w tej części;
2. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 3, ewentualnie zaś – unieważnienie zaskarżonych czynności unieważnienie Postępowania w tej części.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem w wyniku

wskazanych naruszeń przepisów Ustawy PZP doszło do naruszenia jego interesu prawnego, a prawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego zaskarżonych czynności może doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Na uzasadnienie zarzutów sformułowanych odnośnie czynności Zamawiającego w części 2 Postępowania Odwołujący wskazał, że wymagania techniczne dotyczące oferowanych środków określone zostały w załączniku nr 8 do SIWZ („Wymagania techniczne”), zwanym dalej „WT”. W pkt 1.2 tego dokumentu Zamawiający wskazał, że płyn do odladzania na bazie octanu lub mrówczanu powinien spełniać wymagania normy SAE AMS 1435, Deicing/Anti-icing Runways and Taxiways. Wykonawca zobowiązany był przedstawić dokument, wydany dla dostarczonego środka, potwierdzający spełnienie ww. normy. W pkt 1.6 WT Zamawiający wskazał, że potwierdzeniem spełnienia powyższych wymagań jest świadectwo jakości (raport z badań, orzeczenie laboratoryjne, itp), wystawione przez producenta lub uprawnioną jednostkę badawczą.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań przez produkty zaproponowane Zamawiającemu przez wykonawców, w tym przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą są wyniki badań przeprowadzonych przez SMI Inc., 12219 SW 131 Avenue Miami, Florida 33186-6401 USA (dalej: „Jednostka Badawcza”). W wynikach badań wystawionych przez Jednostkę Badawczą dla płynów do odladzania na bazie octanu lub mrówczanu, wskazane zostało, że odpowiadają one normie SAE AMS 1435B, nie zaś normie SAE AMS 1435. Ponadto, już w samym opisie przeprowadzonych badań Jednostka Badawcza zawarła zastrzeżenia, że nie prowadziła badań w zakresie: odporności asfaltobetonowych pasów startowych na degradację (3.2.10.2) oraz oddziaływania na systemy hamulcowe z włókien węglowych (3.2.13).

Istotna jest przy tym – zdaniem Odwołującego – okoliczność, że jak wskazuje Jednostka Badawcza w przypisach do zaświadczenia o badaniu:

„[...]”¹ badania są wymagane wobec używanych w Europie materiałów zapobiegających zamarzaniu/usuwających oblodzenie. To badanie nie jest wykonywane przez SMI.[...]”.

(...)

„[...]”² To badanie nie jest wykonywane przez SMI.[...]”.

Z przytoczonych zapisów Odwołujący wywiódł, że produkty zaproponowane przez wykonawców, w tym wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą,

nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, bowiem co do powyższych produktów nie zostały przeprowadzone pełne badania w zakresie wymaganej przez Zamawiającego normy SAE AMS 1435.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że produkty przedstawione przez wykonawców posługujących się wynikami badań Jednostki Badawczej, nie spełniają warunków dopuszczalności w Unii Europejskiej. Jak bowiem wynika z informacji powszechnie dostępnych, w tym informacji udostępnianych przez Instytut Technologii Wojsk Lotniczych (dalej: „ITWL” lub „Instytut”), badania dotyczące środków odladzających prowadzone w odniesieniu do środków stosowanych w Europie różnią się od badań prowadzonych dla środków stosowanych w USA ze względu na różnice technologiczne występujące przy budowie sztucznych nawierzchni lotniskowych oraz różnice klimatyczne, w których stosuje się powyższe środki.

Odwołujący skonkludował, że czynność oceny ofert pod względem ich zgodności z SIWZ oraz wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej są nie tylko sprzeczne z powołanymi przez niego przepisami Ustawy PZP, lecz narażają Zamawiającego na niepowetowane szkody w postaci nieodwracalnych uszkodzeń sztucznych nawierzchni lotniskowych, na których środki te będą stosowane oraz nieodwracalnych uszkodzeń jednostek korzystających ze sztucznych nawierzchni lotniskowych, na których powyższe środki będą stosowane. Stosowanie takich środków stwarza nie tylko zagrożenia dla mienia o znacznej wartości, ale również dla życia ludzkiego.

Następnie Odwołujący stwierdził, że w pkt 1.7 WT Zamawiający określił, że na dostarczone środki do odladzania Wykonawca winien udzielić minimum 24-miesięcznego okresu przydatności do użytku, liczonego od daty przyjęcia przez Odbiorcę. Oferty złożone przez wykonawców zawierają informacje co do okresu przydatności oferowanych Zamawiającemu środków. Wykonawcy wskazali na 24-miesięczne okresy przydatności, ale liczone od daty wyprodukowania środków. Nie jest zatem możliwe, by spełniały one wymagania określone w SIWZ. Aby środki takie spełniały wymagania konieczne byłoby ich dostarczenie do Odbiorcy w dniu wyprodukowania, co jest niemożliwe.

Reasumując Odwołujący wskazał, że odwołanie, w odniesieniu do zadania 2, jest w pełni uzasadnione. Stwierdzone przezeń naruszenia przepisów Ustawy PZP miały bowiem istotny wpływ na wynik Postępowania. Uzasadniony jest również wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia zaskarżonych czynności, a w przypadku stwierdzenia, że żadna oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ –

unieważnienie Postępowania w tej części.

W odniesieniu do części 3 Postępowania Odwołujący wskazał, że w WT, w pkt II.2, Zamawiający postawił wymóg, że granulat powinien spełniać wymagania normy SAE AMS 1431, Solid Runway and Taxiway Deicing/Anti-icing. Wykonawca zobowiązany był przedstawić dokument, wydany dla dostarczonego środka, potwierdzający spełnienie ww. normy. W pkt II.7 WT wskazano, że potwierdzeniem takowym jest świadectwo jakości (raport z badań, orzeczenie laboratoryjne, itp.), wystawione przez producenta lub uprawnioną jednostkę badawczą.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań przez produkty zaproponowane Zamawiającemu przez wykonawców, w tym przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą były – jak w przypadku zadania nr 2 – wyniki badań przeprowadzonych przez Jednostkę badawczą. W ich treści wskazano, że badania te odpowiadają normie SAE AMS 1431D – nie normie SAE AMS 1431. Ponadto, już w samym opisie przeprowadzonych badań Jednostka Badawcza zawarła zastrzeżenia, że nie prowadziła badań w zakresie odporności na niszczenia asfaltobetonu (3.2.8 2).

Istotna jest przy tym okoliczność, że jak wskazuje Jednostka Badawcza w przypisach do wyników badań:

„[...]”¹ – badanie wymagane dla produktów do odladzania/zapobiegania oblodzeniu stosowanych w Europie. SMI nie wykonuje tego badania.[...]”.

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że produkty zaproponowane przez wykonawców, w tym wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, bowiem co do powyższych produktów nie zostały przeprowadzone pełne badania w zakresie wymaganej przez Zamawiającego normy SAE AMS 1431.

Także w zakresie części 3 Postępowania Odwołujący oświadczył, że produkty, przedstawione przez wykonawców posługujących się wynikami badań Jednostki Badawczej, nie spełniają warunków dopuszczalności w Unii Europejskiej. Jak to bowiem wynika z informacji powszechnie dostępnych, w tym informacji udostępnianych przez Instytut, badania dotyczące środków odladzających prowadzone w odniesieniu do środków stosowanych w Europie różnią się od badań prowadzonych dla środków stosowanych w USA, ze względu na różnice technologiczne występujące przy budowie sztucznych

nawierzchni lotniskowych oraz różnice klimatyczne, w których stosuje się powyższe środki.

Odwołujący ponownie podkreślił, że zaskarżone czynności – oprócz ich niezgodności z przepisami Ustawy PZP – narażają Zamawiającego na niepowetowane szkody. Wobec powyższego stwierdził, że uzasadnione są sformułowane w *petitum* odwołania wnioski w zakresie części 3 Postępowania.

W przesłanej do Prezesa Izby w dniu 22 kwietnia 2014 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie i wyjaśnił, jak niżej.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że Odwołujący uchybił obowiązkowi precyzyjnego sformułowania zarzutów odwołania zarówno w odniesieniu do wyboru i oceny ofert w części 2, jak i części 3 Postępowania.

Odnosząc się natomiast szczegółowo do zarzutów wskazanych powyżej w pkt 1.1.1 i 2.1.1 uzasadnienia (niespełniania przez wyroby oferowane przez innych wykonawców, w tym wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wymagań wynikających z norm SAE AMS 1435 i 1431) Zamawiający stwierdził, że każda z nich podlegała okresowym zmianom.

I tak – normę SAE AMS 1435 wydano w dniu 1 kwietnia 1995 r. Następnie, wobec postępu techniki, zmiany innych norm lotniczych, zmiany materiałów stosowanych na lotniskach, została ona zrewidowana i zmodyfikowana, skutkiem czego – począwszy od dnia 1 sierpnia 1998 r. – w obrocie zaczęła funkcjonować norma SAE AMS 1435 oznaczona dodatkowo literą „A”. Kolejna zmiana ww. normy dokonana została z dniem 16 września 2010 r., skutkiem czego pojawiła się wersja oznaczona literą „B”, zaś z dniem 7 czerwca 2012 r. – wersja „C” omawianej normy. Podkreślono przy tym, że, tu cytat: „[...]Nowelizacje owych norm, oznaczają, że w dacie w jakiej jest wykonywane dane badanie nie można uzyskać poświadczenia spełniania normy, która jest już normą zastąpioną nową.[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 4).

Podobnie, zdaniem Zamawiającego, przedstawiały się zmiany dotyczące normy SAE AMS 1431. Została ona wydana w dniu 1 stycznia 1990 r., a następnie modyfikowana w dniach: 1 stycznia 1992 r., 1 sierpnia 1998 r., 16 września 2010 r. i 7 czerwca 2012 r. (która to wersja obowiązuje obecnie), czemu towarzyszyło dodawanie do oznaczenia ww. normy kolejnych liter alfabetu, odpowiednio: „A”, „B”, „C” i „D”. Podobnie jak w przypadku normy SAE AMS 1435 Zamawiający wyjaśnił, że nowelizacje normy SAE AMS 1431 wywołują ten skutek,

że w dacie w jakiej jest wykonywane dane badanie nie można uzyskać poświadczenia spełniania normy, która jest już normą zastąpioną, nową.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie wydruki ze strony internetowej SAE (ang. *Society of Automotive Engineers*): standards.sae.org dotyczące ewolucji ww. norm wraz z ich tłumaczeniem na język polski oraz pismo ITWL z dnia 15 kwietnia 2014 r. stanowiące odpowiedź na zapytanie Zamawiającego, związane z wniesionym odwołaniem.

Następnie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący uchybił także ciążącemu na nim, na mocy przepisu art. 6 K.c., obowiązkowi dowodzenia faktów, z których wywodzi on skutki prawne, bowiem nie przedstawił Izbie dowodu na potwierdzenie okoliczności, że oferowane przez innych wykonawców dostawy nie spełniają wymagań określonych treścią SIWZ. Zamawiający podkreślił, że do odwołania nie załączono w szczególności tekstów powołanych norm, „[...]wobec powyższego nie wiadomo o jaki zakres owych norm który rzekomo jest stosowany wyłącznie w Europie Odwołującemu chodzi[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 5).

Zamawiający zaprzeczył, jakoby w ogóle wymagał od wykonawców dołączenia do składanych przez nich ofert jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane środki wymagań norm SAE AMS 1435 i 1431, bowiem gdyby tego wymagał, to informacja o tym zamieszczona zostałaby w Rozdziale VI SIWZ. Oświadczył, że zgodnie z pierwotną treścią WT oferowane dostawy w ogóle nie miały spełniać wymogów ww. norm, jako że przed zmianą WT wymogiem było przedstawienie „[...]dopiero wraz z dostawą dopuszczenia do stosowania w lotnictwie lub drogownictwie wydanych orzeczeń przez ITWL, IBDM lub inne instytucje właściwe do wydawania stosownych orzeczeń[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 5). Zamawiający przyznał, że – co prawda – na skutek zadawanych przez wykonawców pytań dokonał zmiany treści WT stawiając wymóg, aby produkty spełniały wymogi norma SAE AMS 1435 (dla części 2) lub SAE AMS 1431 (dla części 3), co miało miejsce w dniu 26 lutego 2014 r., tym niemniej – po pierwsze – nie postawił on wymogu załączenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających to wymaganie, po drugie zaś – zmianie nie uległa treść Rozdziału VI SIWZ, w którym wymieniono dokumenty, jakie należy załączyć do składanych ofert. Zamawiający podkreślił przy tym, że Odwołujący świadomie przeinacza sens zapisu pkt I.6 WT (w zmienionym brzmieniu), bowiem odnosi się on do momentu realizacji konkretnej dostawy, jako że zapis ów rozpoczyna się od słów „Każda partia produkcyjna płynu[...]”.

Zamawiający stwierdził ponadto, że oferowane przez innych wykonawców środki spełniały wymagania norm SAE AMS, bowiem każdy z nich, jak również sam Odwołujący złożyli zawarte w treści formularza oferty oświadczenie następującej treści: „Oświadczamy, że zaoferowane przez nas środki do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych będą zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ, Wymaganiach Technicznych.”, a Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania ich prawdziwości. Zaznaczył, że wykonawcy, w tym przede wszystkim ci, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w zadaniu 2 i 3, załączyli do ofert – choć nie było to ich obowiązkiem – badania wykonane przez Jednostkę badawczą. Wskazał na badania z 7 grudnia 2011 r., załączone do oferty wykonawcy UAB “ESSPO” J. Biliuno g. 10-1 LT-29114 Anyksčiai Republika Litewska, zwanego dalej „Wykonawcą UAB ESSPO” (oferta najkorzystniejsza w części 2 Postępowania), z których wynika jednoznacznie, że zaoferowany preparat spełnia wymogi normy SAE AMS 1435B (poprawione wrzesień 2010). Zamawiający dodał, że dysponuje także dodatkowymi badaniami, z których wynika, że ww. wykonawca przeprowadził w 2012 r. także badania na degradację betonu asfaltowego, których Jednostka badawcza nie wykonywała, na co przedstawił dowód w postaci wyników badań zaoferowanego w tej części Postępowania preparatu Nordway-KF, wykonanych w 2012 r. przez Swedac Akreditering wraz z tłumaczeniem na język polski.

Z kolei, jak to wskazał Zamawiający, z badań z dnia 6 lutego 2014 r. dołączonych do oferty wykonawcy KASTELL Systemy Szczotek Przemysłowych J. P....., P. M..... sp. j., zwanego dalej „Wykonawcą KASTELL” (oferta najkorzystniejsza w zadaniu nr 3) wynika jednoznacznie, że zaoferowany preparat (ECOWAY) spełnia wymogi normy SAE AMS 1431D. Ponownie podkreślił, że kolejne litery przy oznaczeniach norm SAE AMS oznaczają tylko i wyłącznie ich kolejne zmodyfikowane. Dodał również, że nie jest możliwe uzyskanie poświadczenia spełniania normy w wersji wcześniej obowiązującej, kiedy badania wykonywane są już po dacie wydania normy w wersji nowszej. Przykładowo wskazał, że zawsze kierując produkt na badania w dniu 20 lutego 2014 r. w zakresie normy SAE AMS 1435 otrzymamy potwierdzenie spełniania przez dany produkt wymogów dla owej normy, ale w wersji SAE AMS 1435C. Natomiast kierując w tej samej dacie na badanie produkt w zakresie normy SAE AMS 1431 otrzymamy potwierdzenie spełniania przez dany produkt wymogów dla owej normy, ale w wersji SAE AMS 1431D, co nie oznacza jednak, że wydane wcześniej certyfikaty, czy też badania utraciły moc.

W konsekwencji powyższego Zamawiający stwierdził, że „[...]Sugerowanie przez Odwołującego, że przedstawienie zgodności produktu z wymogami norm w wersjach obecnie obowiązujących nie zaś w wersji normy pierwotnej, wydawanej ponad 20 lat temu

i modyfikowanej stanowi w istocie o niespełnieniu wymogu SIWZ, stanowi nadużycie.[...]" (odpowiedź na odwołanie, str. 6). Podkreślił ponadto, że także i Odwołujący, w przypadku produktów oferowanych w części 2, jak i 3 Postępowania także przedstawił potwierdzenia spełniania wymogów norm w wersjach zaktualizowanych, co z kolei musiałyby doprowadzić do odrzucenia także i jego oferty.

Zamawiający stwierdził ponadto, że twierdzenia o niespełnieniu przez oferowane przez innych wykonawców wymogów SIWZ Odwołujący oparł li tylko na okoliczności, że załączone do ofert innych wykonawców dokumenty nie zawierają wyników badań w zakresie odporności asfaltobetonowych pasów startowych na degradację oraz oddziaływania na systemy hamulcowe z włókien węglowych. Tymczasem z faktu, że Jednostka badawcza takowych badań nie prowadzi nie wynika, że ww. preparaty nie przeszły tych badań pozytywnie, a na tą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Ponownie podkreślił, w odniesieniu do zadania 2, że zaoferowany przez zwycięskiego wykonawcę produkt NORDWAY-KF badania na degradację betonu przeszedł jeszcze w 2012 r.

W odniesieniu do powoływanych przez Odwołującego okoliczności powszechnie znanych, a dotyczących różnic klimatycznych pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Europą oraz odmiennych sposobów konstruowania pasów startowych na tych kontynentach Zamawiający wskazał, że są to okoliczności nie tylko nieudowodnione, ale nadto – nieprzydatne do potwierdzenia zarzutu niezgodności treści ofert z treścią SIWZ. Co więcej, zauważono również, że także Odwołujący powołał się w swojej ofercie na badania wykonywane w Stanach Zjednoczonych. Podkreślono przy tym po raz kolejny, że skoro nie żądano od wykonawców dokumentów przedmiotowych, do których odnosi się w swych twierdzeniach Odwołujący, to konieczne było poleganie na oświadczeniach wykonawców o zgodności oferowanych dostaw z wymogami SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego okresu przydatności Zamawiający oświadczył, że jest on nieudowodniony. Wyjaśnił, że polegał na złożonych przez wykonawców oświadczeniach o zgodności oferowanych wyrobów z wymogami SIWZ, w tym także z tym, który mówił o wymaganej długości okresu przydatności. Wskazał przy tym, że ze względu na sposób sformułowania omawianego wymogu, dopiero na etapie dostawy będzie mógł stwierdzić, czy ten konkretnie dostarczony do Odbiorcy produkt rzeczywiście posiada 24 miesięczny okres przydatności, bądź że go nie posiada. Zamawiający zasygnalizował również, że oferta wykonawcy UAB ESSPO zawiera jednoznaczny zapis o 36 miesięcznym okresie przydatności liczonym od daty produkcji. Co zaś dotyczy oferty Wykonawcy KASTELL),

to zawiera ona wspomniane powyżej oświadczenie, co również jest wystarczające. Ponadto – jak na to wskazał Zamawiający – wykonawca ów „[...]w żadnym z dokumentów dołączonych do oferty nie zawierał informacji o tym, że oferuje on produkt o 24 miesięcznym okresie przydatności do użytku liczoną od daty jego produkcji owe niczym nie poparte gołosłowne twierdzenia pozostają bez związku z niniejszą sprawą.[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 9). Zdaniem Zamawiającego żadna z ofert nie zawiera takiej informacji, a zadane w tej kwestii pytanie do treści SIWZ dotyczyło zadania 1, które nie jest objęte odwołaniem.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający podkreślił jedynie, że dokonał on wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętego kryterium oceny ofert (cena – 100%), wobec czego wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający finalnie stwierdził, że w odpowiedzi na odwołanie skupił się na ofertach najkorzystniejszych, bowiem – z uwagi na treść przepisu art. 192 ust. 2 Ustawy PZP, tylko stwierdzenie przez Izbę, że którakolwiek z nich jest niezgodna z SIWZ, mogłoby doprowadzić do badania zgodności z SIWZ dalszych ofert.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone w złożonych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dokumenty w postaci: pisma Wykonawcy UAB ESSPO, pisma Zamawiającego do ITWL z dnia 14 kwietnia 2014 r. wraz z odpowiedzią Instytutu datowaną na dzień 15 kwietnia 2014 r., wyników badań środka Nordway-KF przeprowadzonych przez Swedac Akreditering wraz z tłumaczeniem na język polski, wydruków ze strony internetowej SAE: standards.sae.org dotyczących ewolucji norm SAE AMS 1435 i 1431 wraz z ich tłumaczeniem na język polski (z wyjątkiem dokumentów zawierających treść ww. norm, które to – wbrew wynikającemu z § 19 ust. 3 zd. pierwsze *in fine* rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2010.48.280 ze zm.) obowiązkowi złożenia dokumentów obcojęzycznych wraz z ich tłumaczeniem na język polski – zostały przedstawione w języku angielskim), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Interes Odwołującego we wnoszeniu środka ochrony prawnej, sposób sformułowania zarzutów i jego konsekwencje

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Ustawy PZP odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, pomimo – na co zwracał uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – sklasyfikowania jego oferty na miejscu czwartym (w części 2 Postępowania) i piątym (w części 3 Postępowania) i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów Ustawy PZP.

Co zaś dotyczy sposobu sformułowania zarzutów, to z lektury odwołania i stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie wynika, że sformułował on identyczne zarzuty w odniesieniu do wszystkich wyżej sklasyfikowanych ofert, w każdej z części Postępowania. Odwołujący winien mieć jednak świadomość, że taka ich konstrukcja powoduje jednak w konsekwencji, że niepotwierdzenie się zarzutów dotyczących ofert uznanych przez Zamawiającego za najkorzystniejsze (w zadaniu 2 – oferty Wykonawcy UAB ESSPO, w zadaniu 3 – oferty Wykonawcy KASTELL) skutkować musi oddaleniem odwołania, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Nawet gdyby zarzuty do ofert pozostałych, sklasyfikowanych wyżej od Odwołującego wykonawców (w części 2 Postępowania – na miejscach 2-3, a w części 3 Postępowania – na miejscach 2-4), znalazłyby potwierdzenie w okolicznościach sprawy (czego Odwołujący jednak w żaden sposób nie udowodnił, o czym niżej), to odwołanie – po myśli przepisu art. 192 ust. 2 Ustawy PZP – nie mogłoby odnieść zamierzonego przez Odwołującego skutku. Zgodnie bowiem z powołaną regulacją odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów Ustawy PZP, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a stwierdzenie ewentualnych uchybień Zamawiającego w czynnościach odnoszących się do ofert innych niż najkorzystniejsze pozostawałoby bez wpływu na wynik Postępowania.

II. Zarzut niespełniania przez oferowane przez innych wykonawców wyroby norm SAE AMS 1435 i 1431

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu z następujących przyczyn.

Na wstępie należy podkreślić, że odwołanie w tym zakresie oparte zostało na twierdzeniu o konieczności załączenia przez wykonawców do składanej Zamawiającemu

oferty dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane w zadaniu 2 i 3 wyroby wymogów norm, odpowiednio: SAE AMS 1435 i 1431. W efekcie doszło między stronami postępowania odwoławczego do spóźnionego, w ocenie Izby, sporu o interpretację treści zapisów SIWZ, tym niemniej zasadnym jest odniesienie się do ich brzmienia, na nich bowiem oraz na załączonych do ofert przez innych wykonawców dokumentach Odwołujący zbudował argumentację wniesionego odwołania.

Poddając analizie treść SIWZ, a to Rozdział VI („Oświadczenia i dokumenty jakie wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty”) oraz VII („Oprócz dokumentów wymienionych w rozdziale VI należy przedłożyć:”) Izba stwierdziła, że potwierdziła się argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą nie oczekiwał on od wykonawców załączenia do oferty ww. dokumentów. Należy bowiem zauważyć, że jedynymi dokumentami dotyczącymi oferowanych w Postępowaniu środków były – w świetle pkt 4 Rozdziału VII SIWZ – informacje na temat oferowanego środka (skład, opis działania, instrukcja stosowania), do tych zaś dokumentów Odwołujący nie zgłosił żadnych zastrzeżeń.

Odnosząc się natomiast do zapisów WT Izba stwierdziła, że w pierwotnym brzmieniu stanowił on, że:

1. W zakresie zadania 2 (płyn do odladzania na bazie octanu lub mrówczanu) – pkt 1 lit. c):

„[...]Wykonawca winien dostarczyć wraz z dostawą płynu do odladzania na bazie octanu lub mrówczanu dopuszczenie do stosowania w lotnictwie lub drogownictwie (Aprobaty Techniczne, Orzeczenie o przydatności i Opinie Techniczne wydane przez ITWL, IBDM lub inne instytucje właściwe do wydania stosownych orzeczeń i opinii zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie).[...]”.

2. W zakresie zadania 3 (granulat na bazie octanu lub mrówczanu) – pkt 2 lit. c):

„[...]Wykonawca winien dostarczyć wraz z dostawą preparatu granulowanego na bazie octanu lub mrówczanu dopuszczenie do stosowania na lotniskach lub drogownictwie – wymagane aprobaty techniczne, orzeczenia o przydatności i opinie techniczne wydane przez ITWL, IBDM lub inne instytucje właściwe do wydawania stosownych orzeczeń i opinii zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie.[...]”.

Następnie, co przyznał sam Zamawiający i co wynika również z przesłanej Izbie dokumentacji Postępowania WT zostały, w wyniku wniosku jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, zmienione i nadano im następujące brzmienie:

1. W odniesieniu do zadania 2 – pkt I.2:

„[...]Płyn powinien spełniać wymagania normy SAE (Society of Automatiye Engineers) AMS 1435 (Aerospace Material Specifications), Deicing/Anti-icing. Runways and Taxiways. (Płyn odladzający/przeciwoblodzeniowy. Pasy startowe i drogi kołowania). Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dokument, wydany dla dostarczanego środka, potwierdzający spełnienie ww. normy.[...]”,

a nadto – pkt I.6:

„[...]Każda partia produkcyjna płynu przeznaczonego do ekspedycji dla Odbiorcy wskazanego przez Zamawiającego, musi spełniać wymagania jakościowe zawarte w niniejszych WT. Potwierdzeniem spełnienia powyższych wymagań jest świadectwo jakości (raport z badań, orzeczenie laboratoryjne, itp.) wystawione przez producenta lub uprawnioną jednostkę badawczą.[...]”.

2. W odniesieniu do zadania 3 – pkt II.2:

„[...]Granulat powinien spełniać wymagania normy SAE (Society of Automatiye Engineers) AMS 1431 (Aerospace Material Specifications), Solid Runway and Taxiway Deicing/Anti-icing. (Stałe środki do odladzania! zapobiegania oblodzeniu dróg startowych i dróg kołowania). Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dokument, wydany dla dostarczonego środka, potwierdzający spełnienie ww. normy.[...]”,

a nadto – pkt II.7:

„[...]Każda partia produkcyjna granulatu przeznaczonego do ekspedycji dla Odbiorcy wskazanego przez Zamawiającego, musi spełniać wymagania jakościowe zawarte w niniejszych WT. Potwierdzeniem spełnienia powyższych wymagań jest świadectwo jakości (raport z badań, orzeczenie laboratoryjne, itp.) wystawione przez producenta lub uprawnioną jednostkę badawczą.[...]”.

Izba wzięła również pod uwagę zapis § 4 ust. 4 lit a) i b) wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 7 do SIWZ), zgodnie z którymi:

„[...]4. Wykonawca wraz z dostawą:

- a) płynu do odladzania na bazie octanu lub mrówczanu o skuteczności działania do minus 10°C przy dawce do 50 g/m² przy odladzaniu oraz profilaktycznie 20 g/m² dostarczy do każdego Odbiorcy dopuszczenie do stosowania go na lotniskach lub w drogownictwie Aprobata Techniczne, Orzeczenia o przydatności i Opinie Techniczne wydane przez ITWL, IBDM lub inne instytucje właściwe do wydawania stosownych orzeczeń i opinii zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie, kartę charakterystyki produktu, broszurę informacyjną zawierającą informacje dotyczące stosowania preparatu.
- b) granulatu na bazie octanu lub mrówczanu dostarczy do każdego Odbiorcy dopuszczenie do stosowania go na lotniskach lub w drogownictwie Aprobata Techniczne, Orzeczenia o przydatności i Opinie Techniczne wydane przez ITWL, IBDM lub inne instytucje właściwe do wydawania stosownych orzeczeń i opinii, zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie kartę charakterystyki produktu, broszurę informacyjną zawierającą informacje dotyczące stosowania preparatu.[...]

jak również wzór formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ), zgodnie z którym wykonawcy – w pkt 4 tego dokumentu składali oświadczenie następującej treści: „[...]Oświadczamy, że zaoferowane środki do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych będą zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ, Wymaganiach Technicznych.[...]”.

Pomijając wspomniany wcześniej argument dotyczący charakteru wynikłego sporu interpretacyjnego trzeba zauważyć, że holistyczna interpretacja przytoczonych zapisów wskazuje na to, że nie było intencją Zamawiającego żądanie od wykonawców przedłożenia na etapie składania ofert dokumentów, na które powołuje się Odwołujący. Można, co prawda, zauważyć, że pierwotne brzmienie WT – pkt 1 lit. c) i 2 lit. c) – nie pozostawiało w tym zakresie żadnych wątpliwości, tym niemniej także zmienione przez Zamawiającego zapisy tego dokumentu (pkt I.2 i II.2) zawierały wyraźne sformułowanie „[...]Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dokument, wydany dla dostarczanego środka (podkreślenie Izby), potwierdzający spełnienie ww. normy (tj. normy SAE AMS 1435 i 1431).[...]”. Gdyby wolą Zamawiającego było zobowiązanie wykonawców do załączenia

takiego dokumentu do oferty, to – po pierwsze – we wzmiankowanych powyżej zapisach WT znalazłoby się sformułowanie „wydany dla zaoferowanego środka” / „wydany dla wskazanego w ofercie wykonawcy środka” lub inne określenie o równoważnym znaczeniu, po drugie zaś – dokumenty te winny zostać w ujęte w zapisach Rozdziału VI lub VII SIWZ, co nie miało miejsca.

Nie bez znaczenia są również cytowane powyżej zapisy pkt I.6 i II.7 WT oraz postanowienia § 4 ust. 4 lit. a) i b) wzoru umowy, które wskazują na dostarczenie wymienionych w nich dokumentów wraz z dostawą zaoferowanego Zamawiającemu środka do odladzania. Wzmiankowane powyżej zapisy WT odnoszą się bowiem do konkretnej partii produkcyjnej dostarczanego wyrobu, natomiast zapisy wzoru umowy *expressis verbis* wskazują na moment dostawy, jako czas właściwy na przedstawienie wymienionych w nim dokumentów.

Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że zapisy pkt I.2 i I.6 WT (zadanie 2) oraz pkt II.2 i II.7 WT (zadanie 3) dotyczą odmiennych rodzajów dokumentów, które – co istotne – nie miały być załączone przez wykonawców do ofert. Nawet gdyby jednak utożsamiać dokumenty tam wymienione, jak to czyni Odwołujący, to nie zmienia to przedstawionej powyżej interpretacji dotyczącej momentu właściwego do ich przedłożenia Zamawiającemu.

W konsekwencji należało przyjąć, że obowiązki wykonawców, w zakresie dotyczącym scharakteryzowania Zamawiającemu oferowanych w części 2 i 3 Postępowania dostaw, w istocie ograniczone zostały na etapie ofertowania do przedłożenia dokumentów wymienionych w pkt 4 Rozdziału VII SIWZ (skład, opis działania, instrukcja stosowania) oraz do złożenia ogólnej treści oświadczenia o zgodności oferowanych dostaw z wymogami SIWZ, w tym WT stanowiących jej integralną część – załącznik nr 8 do SIWZ.

Powyższego nie zmienia okoliczność, że, jak to przyznały strony postępowania odwoławczego, wykonawcy załączyli jednak do ofert – pomimo braku takowego obowiązku (zatem niejako „z ostrożności”) – dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane wyroby wymagania norm SAE AMS 1435 i 1431. Skład orzekający stoi bowiem na stanowisku, że w okolicznościach sprawy wystarczające było, na etapie składania i oceny ofert, złożenie samego oświadczenia o treści wynikającej z pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Dokonywanie oceny zgodności oferowanych wyrobów – jak chce tego Odwołujący – z wymogami SIWZ, w kontekście dokumentów, których załączenie do oferty nie było przez Zamawiającego wymagane, byłoby działaniem nieuprawnionym.

Warte podkreślenia jest również to, że jeżeli Odwołujący miał wątpliwość, jakie dokumenty składać powinny się na jego ofertę, winien je wyartykułować w sposób przewidziany w art. 38 ust. 1 Ustawy PZP, czego nie uczynił.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego poleganie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy o zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami SIWZ jest dopuszczalne, choć można mieć uzasadnione wątpliwości, co do okoliczności, czy jest to dla samego Zamawiającego korzystne. Izba – aczkolwiek jedynie na marginesie (postanowienia SIWZ nie były bowiem przedmiotem odwołania) – dostrzega bowiem, że przy takich zapisach samej SIWZ oraz WT Zamawiający, na etapie dokonywania oceny ofert, polegać musi li tylko na omówionym powyżej oświadczeniu wykonawcy, którego ofertę ocenia, a rzeczywisty ciężar oceny zgodności zaoferowanych wyrobów ze swoimi wymaganiami przenosi dopiero na etap realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, co może powodować zagrożenie dla jej prawidłowego wykonania. Zamawiający nie będzie jednak zupełnie pozbawiony możliwości oddziaływania na wykonawcę, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zarówno jej treść, określona przyjętym w Postępowaniu wzorem, jak i przepisy K.c., stosowane na mocy art. 139 ust. 1 Ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy Ustawy PZP nie stanowią inaczej, zawierają zapisy umożliwiające „zdyscyplinowanie” wykonawcy, którego zamiarem, wbrew złożonemu w Postępowaniu oświadczeniu o zgodności oferowanych dostaw z oczekiwaniami Zamawiającego, byłoby dostarczanie środków, które nie spełniają określonych wymagań (kary umowne wraz z możliwością dochodzenia odszkodowania uzupełniającego – *vide* § 8 wzoru umowy), bądź – w ostateczności – odstąpienie od zawartej umowy przewidziane zarówno w jej wzorze (§ 10), bądź definiowane przepisami K.c. normującymi kwestię skutków niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych.

Nie jest przy tym tak, jak wywodził Odwołujący, że jeżeli jedynym wymogiem wykonawców było złożenie ogólnej treści oświadczenia o spełnianiu przez dostawy wymagań SIWZ, to WT byłyby zbędne. Przeciwnie – składając takowe oświadczenia wykonawcy właśnie z treści WT czerpali wiedzę o tym, co stanowiło przedmiot oświadczenia, czyli z jakimi konkretnie wymogami ich wyroby są zgodne. Gdyby bowiem SIWZ nie zawierała żadnych zapisów odnoszących się do cech przedmiotu zamówienia, to składanie takich oświadczeń byłoby pozbawione celu, bowiem potwierdzałyby one zgodność wyrobów z nieokreślonymi wymogami SIWZ.

Natomiast odnosząc analizowane zapisy SIWZ i WT do sytuacji Odwołującego w postępowaniu odwoławczym należy stwierdzić, że jego obowiązkiem było wykazanie, iż –

wbrew oświadczeniom wykonawców o zgodności oferowanych wyrobów z ww. dokumentami – dostawy nie spełniają ich wymagań, co w okolicznościach sprawy (poleganie Zamawiającego na oświadczeniu wykonawcy) byłoby trudne, ale nie niemożliwe (przykładowo poprzez udowodnienie, że dla konkretnego środka, którego nazwa handlowa wynikać powinna chociażby z dokumentów, których załączenie do oferty było, zgodnie z pkt 4 Rozdziału VII, obowiązkiem każdego wykonawcy (patrz: instrukcja stosowania), nie został wydany dokument potwierdzający spełnianie norm SAE AMS 1435/1431, który to z kolei powinien być – jak uprzednio wskazano – przedstawiony Zamawiającemu na etapie realizacji zawartej z wykonawcą umowy).

Tymczasem Odwołujący powołał się ogólnie i w szerokim zakresie (dotyczącym wszak treści wszystkich wyżej sklasyfikowanych ofert) na dokumentację Postępowania, co do której zawarł w odwołaniu wnioski o zobowiązanie Zamawiającego do jej przedłożenia, co jest *nota bene* obowiązkiem wynikającym z przepisu § 10 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Takie działanie uchybia jednak ciężącemu na Odwołującemu, z mocy przepisu art. 190 ust. 1 zd. pierwsze Ustawy PZP, obowiązkowi wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodził on skutki prawne. Wymaga podkreślenia, że postępowanie odwoławcze toczące się przed Izbą ma kontradyktoryjny charakter, który to determinuje wniosek, że ciężar dowodowy spoczywa na stronach i uczestnikach tego postępowania. Przerzucanie ciężaru dowodowego na Izbę, wyrażające się odwoływaniem się do całych dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania (bądź do dokumentów Postępowania w ogóle) jest nieuprawnione i nie znajduje oparcia w przepisach Ustawy PZP i wzmiankowanego powyżej aktu wykonawczego do niej.

Istotne jest przy tym, że Odwołujący – wbrew wyrażonemu na rozprawie stanowisku – miał dostęp do dokumentacji Postępowania, na którą to powoływał się ogólnikowo przed Izbą. Przywołana dokumentacja nie potwierdza w szczególności twierdzenia Odwołującego, że miał on bardzo ograniczony czas (około 2 godzin) na zapoznanie się z ofertami innych wykonawców. Jakkolwiek Zamawiający – pismem z dnia 31 marca 2014 r. – rzeczywiście wyznaczył Odwołującemu wspomniany powyżej czas na wgląd do akt Postępowania (dzień 4 kwietnia 2014 r., godz. 12.00-14.00), tym niemniej należy mieć na względzie, że Odwołujący, rozważając ewentualność zaskarżenia czynności Zamawiającego, mógł z odpowiednim wyprzedzeniem złożyć Zamawiającemu wniosek o przekazanie dokumentacji Postępowania w jednej z form określonych § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku), a obowiązek ów Zamawiający winien wykonać, co do zasady, niezwłocznie (argument z § 5 ust. 5 zd. pierwsze ww. aktu wykonawczego). Tymczasem, jako to wynika z otrzymanej przez Izbę dokumentacji Postępowania, Odwołujący nie tylko złożył wniosek w dniu 31 marca 2014 r. (*vide* pismo Odwołującego z dnia 28 marca 2014 r. wraz z prezentatą Zamawiającego), a zatem w 7 dni po otwarciu ofert, które miało miejsce w dacie 21 marca 2014 r. (zaś oferty, w świetle przepisu art. 96 ust. 3 zd. drugie Ustawy PZP, udostępnia się od chwili ich otwarcia), ale ani wówczas, ani na późniejszym etapie nie zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie mu kopii dokumentacji. Izba wzięła przy tym pod uwagę, że inni wykonawcy (przykładowo Wykonawca UAB ESSPO – pismo z dnia 7 kwietnia 2014 r.) takowe wnioski składali i były one realizowane przez Zamawiającego zgodnie z wymogami wspomnianego rozporządzenia (wnioskowane dokumenty przesłano pocztą elektroniczną w dniu 8 kwietnia 2014 r., o czym świadczy adnotacja pracownika Zamawiającego na wniosku). Nie można zatem było stwierdzić, że którykolwiek z wykonawców, a tym bardziej Odwołujący, pozbawiony był przez Zamawiającego możliwości dokonania oceny sytuacji konkurentów w Postępowaniu, czy – co należy odnieść do Odwołującego – możliwości przygotowania się do ewentualnego postępowania odwoławczego.

Jako niesprostanie przez Odwołującego ciężącemu nań obowiązkowi dowodowemu należy ocenić również powoływanie się, w zakresie omawianego zarzutu, na okoliczności powszechnie znane. Izba wskazuje, że nie ma charakteru notoryjnego wiedza na temat różnic w badaniach środków odladzających prowadzonych w Stanach Zjednoczonych i w Europie, które wynikać miałyby z różnic technologicznych w budowie sztucznych nawierzchni lotniskowych oraz różnic klimatycznych, jakie występują na tych kontynentach, a tylko fakty mające charakter notoryjny nie wymagają dowodu (argument *a contrario* z przepisu art. 190 ust. 5 zd. pierwsze Ustawy PZP).

Abstrahując od powyższych rozważań, które *de facto* czynią przedmiotowy zarzut bezpodstawnym, Izba stwierdziła, że nawet analiza dokumentów załączonych „z ostrożności” do ofert uznanych przez Zamawiającego za najkorzystniejsze w części 2 i 3 Postępowania nie potwierdza stanowiska Odwołującego o niespełnianiu przez zaoferowane wyroby norm SAE AMS 1431 i 1435.

W pierwszeństwie należy zauważyć, że Zamawiający – w przekonujący dla Izby sposób – wyjaśnił różnice w oznaczeniach literowych każdej z ww. norm, powołując się na

wydruki ze strony internetowej SAE (ang. *Society of Automotive Engineers*): standards.sae.org dotyczące ich ewolucji wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

W tym kontekście krytycznie należało ocenić twierdzenia Odwołującego, że wykonawcy w ofertach na zadanie 2, załączyli dokumenty referujące do normy SAE AMS 1435B (późniejsza wersja normy), nie zaś SAE AMS 1435 (pierwotna wersja normy), na którą to Zamawiający wskazywał w pkt 1.2 WT. Zapisu tego nie można, zdaniem Izby, rozumieć tylko w taki sposób, że oczekiwaniem Zamawiającego było potwierdzenie przez wykonawcę spełniania przez oferowane produkty wymogów normy, która weszła do obrotu niemal 20 lat temu (w 1995 r.), choć – na co zwracał uwagę Wykonawca UAB ESSPO w pisemnym stanowisku, załączonym przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, a co Izba miała na uwadze – takie wyroby, teoretycznie, mogłyby funkcjonować jeszcze obecnie na rynku środków do odladzania. Prezentowane przez Odwołującego stanowisko jest błędne również z tego względu, że także i on załączył do złożonej oferty dokument wydany przez Jednostkę badawczą, potwierdzający spełnianie przez zaoferowany w zadaniu 2 wyrób wymagań normy SAE AMS 1435C, a zatem jeszcze nowszej jej wersji. Pozbawione logiki, jako obrócone także przeciwko jego ofercie, jest zatem twierdzenie, że wyroby miały spełniać wymagania normy w pierwotnym jej brzmieniu.

Izba miała przy tym na względzie, że – co prawda – Wykonawca UAB ESSPO załączył do oferty dokument referujący do normy SAE AMS 1435B, nie zaś do jej najnowszej wersji, oznaczonej literą „C”, tym niemniej Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że taka wersja normy nie jest komplementarna z wymogami SIWZ, bądź że już nie obowiązuje. Przeciwnie – z pisma z ITWL datowanego na 15 kwietnia 2014 r. (odpowiedź na korespondencję Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2014 r.) wynika, iż przedstawione przez wykonawców dokumenty potwierdzające spełnianie norm SAE AMS powinny odwoływać się do nie późniejszych niż oznaczonych jako SAE AMS 1435B i 1435C i tak właśnie było.

Nie zostało również udowodnione przez Odwołującego twierdzenie, jakoby certyfikaty wydawane przez Jednostkę badawczą (czyli m.in. załączony do oferty przez UAB „ESSPO” dokument potwierdzający spełnianie wymogów normy SAE AMS 1435B datowany na dzień 7 grudnia 2011 r., do dokumentów przedłożonych przez pozostałych, wyżej sklasyfikowanych wykonawców Odwołujący szczegółowo się nie odniósł) traciły ważność po upływie 2 lat od dnia wydania, na co zwracał uwagę Odwołujący w trakcie rozprawy. Jeżeli natomiast powyższe twierdzenie odnosić do badań okresowych, które – zgodnie z treścią wskazanego powyżej pisma Instytutu – powinny być wykonywane nie rzadziej niż co dwa lata (choć nie to było istotą twierdzenia Odwołującego), to nie zostało

wykazane istnienie związku pomiędzy niewykonaniem badań w takim czasie, a utratą ważności wydanego przez Jednostkę badawczą dokumentu stwierdzającego spełnianie wymogów normy SAE AMS 1435B, co należało do Odwołującego.

Nie stanowiło okoliczności przemawiającej za uwzględnieniem zarzutu Odwołującego twierdzenie, że – w zakresie części 2 Postępowania – Jednostka badawcza, potwierdzając spełnianie przez oferowane przez innych wykonawców wyroby wymagań SIWZ, nie prowadziła badań w zakresie odporności asfaltobetonowych pasów startowych na degradację oraz oddziaływania na systemy hamulcowe z włókien węglowych, co wynika z treści dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę UAB ESSPO. Izba stwierdziła jednak, że fakt ten nie stał na przeszkodzie wydania przez Jednostkę badawczą dokumentu potwierdzającego spełnianie przez zaoferowany środek (Nordway-KF) wymagań normy SAE AMS 1435, a tego właśnie oczekiwał sam Zamawiający. Gdyby bowiem (hipotetycznie, jako że Odwołujący także i tej okoliczności nie wykazał) było tak, że wspomniane badania stanowiły warunek *sine qua non* do uzyskania takiego dokumentu, to wykonawca ten nie mógłby nim dysponować. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że zgodnie ze wspomnianym powyżej pkt I.6 WT i § 4 ust. 4 lit. a) wzoru umowy – określone dokumenty (dopuszczenie do stosowania go na lotniskach lub w drogownictwie Aprobaty Techniczne, Orzeczenia o przydatności i Opinie Techniczne) zostaną przedłożone na etapie dostaw, a więc już w wykonaniu obowiązków wynikających z zawartej z wykonawcą umowy, do tego zaś Odwołujący w ogóle się nie odniósł. Ponadto z treści WT nie wynika, jakoby Zamawiający wymagał badań na pełen zakres zgodności z normą SAE AMS 1435.

Nie sposób wreszcie pominąć i tego faktu, że w odniesieniu do kwestii badań środka Nordway-KF w zakresie odporności asfaltobetonowych pasów startowych na degradację Zamawiający przedłożył dowód na ich wykonanie przez Swedac Akreditering wraz z tłumaczeniem na język polski, zaś Odwołujący – poza gołosłownymi twierdzeniami o braku uprawnień tego podmiotu do prowadzenia ww. testów – nie zaofiarował Izbie żadnego przeciwdowodu.

Przedstawione powyżej rozważania należy, co do zasady, odnosić także do twierdzeń Odwołującego w odniesieniu do ofert wykonawców złożonych na część 3 Postępowania, w szczególności zaś do oferty wykonawcy KASTELL, ta bowiem została przez Zamawiającego wybrana, jako najkorzystniejsza.

Także bowiem w powyższym zakresie – wobec wyjaśnienia przez Zamawiającego różnic w oznaczeniach literowych normy SAE AMS 1431, popartego wiarygodnymi, w ocenie Izby, dowodami omówionymi powyżej – nie uwzględniono twierdzeń Odwołującego o konieczności przedstawienia przez wykonawców dokumentów opierających się na podstawowej wersji ww. normy, nie zaś na jej zaktualizowanej wersji (SAE AMS 1431D), na którą to powołał się wykonawca KASTELL oferując dostawę środka pn. ECOWAY Izba zauważyła przy tym, że również tutaj Odwołujący popadł w sprzeczność polegającą na ogólnikowym kwestionowaniu normy SAE AMS 1431D, na którą to sam powołuje się w złożonej ofercie.

Nie było wystarczające dla uwzględnienia w omawianym zakresie zarzutu Odwołującego stwierdzenie, że Jednostka badawcza, wydając certyfikat zgodności z normą SAE AMS 1431D, nie prowadziła badań w zakresie odporności na niszczenie asfaltobetonu. Ta okoliczność nie stała bowiem na przeszkodzie wydaniu tego dokumentu, a do niego odnosił się w swoich wymaganiach Zamawiający. Ponadto twierdzenie odwołującego, że „[...]produkty zaproponowane przez wykonawców, w tym Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, bowiem co do powyższych produktów nie zostały przeprowadzone pełne badania w zakresie normy wymaganej przez Zamawiającego: SAB AMS 1431[...]” (odwołanie, str. 5) nie zostało udowodnione. Odwołujący nie odnosił się w ogóle do treści tych norm opierając się na okolicznościach powszechnie znanych (w odniesieniu do nich Izba odsyła do wcześniejszego fragmentu uzasadnienia), czy informacjach udostępnianych przez ITWL, bez bliższego określenia, co jest treścią owych informacji.

Z uwagi na powyższe zarzut nie został uwzględniony.

III. Zarzut niespełniania przez oferowane przez innych wykonawców wyroby wymogu udzielenia minimum 24-miesięcznego okresu przydatności do użytku, liczonego od daty przyjęcia przez Odbiorcę

Także w zakresie tego zarzutu Odwołujący oparł się na własnej interpretacji postanowień SIWZ, która jednak nie mogła się ostać.

Zgodnie z zapisem pkt I.7 WT, odnoszącym się do środka oferowanego w zadaniu 2: „[...]Na dostarczone środki do odladzania Wykonawca winien udzielić minimum 24 miesięcznego okresu przydatności do użytku, liczonego od daty przyjęcia przez Odbiorcę.[...]. Natomiast pkt II.6 WT (część 3 Postępowania) nadano brzmienie

„[...]Na dostarczony preparat granulowany na bazie octanu lub mrówczanu, Wykonawca winien udzielić minimum 24 miesięcznego okresu przydatności do użytku, liczonego od daty przyjęcia przez Odbiorcę[...]” (zapisy WT dotyczące okresu przydatności nie uległy zmianie w związku ze wspomnianą wcześniej modyfikacją treści tego załącznika do SIWZ). Zgodnie natomiast z § 6 ust. 2 wzoru umowy, tu cytując „[...]Na dostarczone środki do odciążania winna być udzielona gwarancja minimum 24 miesięcznego okresu przydatności do użytku (łącznie z okresem przechowywania), liczonego od daty ich przyjęcia przez Odbiorcę[...]”. Żaden inny zapis SIWZ (w tym formularz oferty – załącznik nr 1 do SIWZ) nie odnosił się do kwestii okresu przydatności. Wykonawcy składali jedynie oświadczenie o zgodności oferowanych wyrobów z wymaganiami SIWZ i WT (pkt 4 formularza oferty – załącznik nr 1 do SIWZ).

W świetle powyższych zapisów Odwołujący, w każdej z części Postępowania, argumentował, że „[...]Oferty złożone przez wykonawców zawierają informacje co do okresu przydatności oferowanych Zamawiającemu środków. Wskazane przez wykonawców okresy przydatności wskazują okresy przydatności wynoszące 24 miesiące, ale liczone od daty ich wyprodukowania. Nie jest zatem możliwe, by środki te spełniały wymagania określone w SIWZ. Aby środki takie spełniały wymagania konieczne byłoby ich dostarczenie do Odbiorcy w dniu wyprodukowania, co jest niemożliwe[...]” (odwołanie, str. 5 i 7).

Mając na względzie taką argumentację Izba uznała, że nie ma racji Odwołujący twierdząc, że już na etapie składania ofert obowiązkiem wykonawców było przyjęcie na siebie określonego zobowiązania gwarancyjnego (tak bowiem należy, zdaniem Izby, oceniać to postanowienie SIWZ, skoro znalazło się w § 6 wzoru umowy, dotyczącym właśnie warunków gwarancji). W istocie, po raz kolejny, Zamawiający przyjął takie rozwiązanie, że oceniając oferty polegać będzie na samym oświadczeniu wykonawców, którego znaczenie i skutki dla Zamawiającego omówione zostały w części II niniejszego uzasadnienia i nie ma potrzeby powtarzać ich w tym miejscu. Cytowane powyżej zapisy pkt I.7 i II.6 WT odnoszą się do stanu przyszłego, tj. realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającej na dostawie określonych wyrobów.

Dodatkowo można wskazać, że z przepisów K.c. dotyczących gwarancji jakości (art. 577 i nast. K.c.) wynika jej adhezyjny w stosunku do podstawowej umowy (zasadniczo: umowy sprzedaży, ale – na zasadzie swobody kontraktowania – także innego rodzaju umowy) charakter. Gwarancja jest dobrowolnym zobowiązaniem podmiotu jej udzielającego (gwaranta) do wykonywania na rzecz gwarantariusza (beneficjenta gwarancji) w okresie gwarancyjnym świadczeń określonych przepisem art. 577 § 1 K.c. Nie jest przy

tym konieczne sporządzanie osobnego dokumentu gwarancyjnego, bowiem postanowienia dotyczące gwarancji mogą być zawarte w samej umowie, jak to miało miejsce w Postępowaniu. Z powyższego wynika zatem, że warunki gwarancji są konkretyzowane na etapie zawarcia umowy, nie zaś składania ofert i wykonawca, którego zamiarem będzie uzyskanie zamówienia będzie musiał na siebie takie zobowiązanie przyjąć.

Z tego względu nie mogło również odnieść skutku powoływanie się, w odniesieniu do zadania 3, na dokument załączony do oferty Wykonawcy KASTELL („Świadectwo analizy – Granulat na bazie octanu i mrówczanu”), wystawiony przez producenta zaoferowanego przezeń wyrobu ECOWAY, z którego wynikała data ważności i produkcji środka odladzającego, bowiem – zgodnie z WT – to wykonawca ma udzielić gwarancji na oferowane wyroby i składając ofertę złożył Zamawiającemu oświadczenie, że to uczyni.

Co zaś dotyczy oferty Wykonawcy UAB ESSPO, to – biorąc pod uwagę, że wymogiem Zamawiającego było pochodzenie środków odladzających z bieżącej produkcji (*vide* Rozdział III SIWZ – „Przedmiot zamówienia”, pkt 1), dostawy mają zostać zrealizowane w ciągu 80 dni od podpisania (zawarcia) umowy (tak: Rozdział IV SIWZ – „Termin realizacji zamówienia”), a zużycie środka ma nastąpić do dnia 31 maja 2016 r. (argument z § 4 ust. 4 lit. a) zd. drugie wzoru umowy – należy stwierdzić, że zaoferowany przezeń 36-miesięczny okres przydatności, liczony nawet od daty produkcji, spełniać będzie wymóg 24-miesięcznego okresu przydatności liczonego od daty dostawy.

Izba doszła również do przekonania, że na etapie składania ofert przyjęcie przez wykonawców zobowiązania o treści wynikającej z przytoczonych wcześniej zapisów WT byłoby o tyle niemożliwe, że nie byłoby wówczas pewności co do konkretnych terminów poszczególnych dostaw, ustalanych – zgodnie z pkt I.7 i II.8 zd. drugie WT indywidualnie z przedstawicielem jednostki (Odbiorcą, który nie jest jednym podmiotem – *vide* załącznik nr 11 do SIWZ – „Rozdzielnik środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych”), każdorazowo z 7-dniowym wyprzedzeniem. Poza tym – w świetle postanowień § 4 ust. 1 i 12 wzoru umowy – każda partia produktów poddawana jest kontroli jakościowej i ilościowej, zaś zapisy WT określają moment rozpoczęcia biegu okresu przydatności od chwili przyjęcia dostawy przez Odbiorcę, co należy odnosić do przejścia kontroli jakościowej z wynikiem pozytywnym. Tego zaś nie można *a priori*, w odniesieniu do każdej dostawy, zakładać, czy przewidywać, wobec czego także i z tej przyczyny wcześniejsze (tj. jeszcze na etapie składania ofert) przyjęcie zobowiązania dotyczącego minimum 24-miesięcznego okresu przydatności byłoby kłopotliwe dla ustalenia początku i końca tego okresu.

Mając na uwadze powyższe Izba nie uwzględniła omawianego zarzutu.

W konsekwencji nie mogło również dojść do zarzucanego Zamawiającemu, zarówno w odniesieniu do części 2, jak i 3 Postępowania, naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy PZP, bowiem Odwołujący nie wykazał wadliwości czynności wyboru ofert najkorzystniejszych.

Z przytoczonych względów Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

IV. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego:

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

Przewodniczący: