

WYROK

z dnia 12 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Flukar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna** z siedzibą w Belchatowie

przy udziale wykonawcy **Orlen Oil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie w części nr 2 postępowania unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Flukar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie na rzecz Flukar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa olejów i smarów na okres 12 miesięcy dla kopalni odkrywkowych w PGE GiEK S.A. [realizacja dostaw w 2024 roku], numer referencyjny: POST/GEK/CSS/IZK/06340/202. Postępowanie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 października 2023 r. pod numerem 2023/S 206-648165.

15 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu w części nr 2 oceny ofert i odrzuceniu oferty wykonawcy Flukar Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, pomimo, iż oferta jest zgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ);

- 2)art.226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty, co wynika z błędnej oceny przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Odwołującego;
- 3)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści załączonych do oferty dokumentów, pomimo istnienia ku temu podstawy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

- 1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2)ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wystosowania wezwania w rybie art. 223 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień co do spełnienia wymagań w zakresie oferowanego koloru dla smaru REVLNE Grease EPI LV i smaru REVLNE Grease EP2 LV;
- 3)ponownego badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że w punkcie 3.2. SWZ wskazano, że „Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia, parametry techniczne oraz ilości znajdują się w Załącznikach nr 1, 2 i 2a do SWZ.” W pliku załącznik nr 2 znajdowała się tabela w formacie xlsx (EXCEL) zawierająca formularz techniczny z jedenaście kolejno ponumerowanymi kolumnami oraz dwudziestoma pozycjami asortymentowymi, niewypełnionymi kolumnami oznaczonymi kolorem żółtym (dalej: Formularz Techniczny KWB). Plik pod nazwą „zał. Nr 2 a do SWZ - Parametry techniczno-jakościowe dla smarów z KWB” po otwarciu wyświetlał nazwę „Załącznik nr 2b do SWZ.” W tym pliku znajdowały się dwie sekcje dotyczące I Olejów i II Smarów (wraz z podpunktami I i II) zawierające wymagane parametry w formie tabel (dalej: Parametry Techniczno-Jakościowe). W Formularzu Technicznym Odwołujący uzupełnił kolumny oznaczone kolorem żółtym: Nazwa handlowa i oznaczenie przedmiotu zamówienia oferowanego przez wykonawcę. Producent - Opis oferowanego produktu (w przypadku oferowania produktu równoważnego spełniających wymagania opisane w kolumnach od 2 do 5) lub potwierdzenie spełnienia wszystkich wymogów Zamawiającego wskazanych w kolumnach od 2 do 5. W przypadku oferowanego produktu równoważnego należy wskazać parametry równoważne określone w kol. 2-5. Odwołujący stwierdził, że potwierdzając wszystkie wymogi Zamawiającego, we wskazanej kolumnie dokonał wpisu "Potwierdzamy spełnienie wszystkich wymogów Zamawiającego w kolumnach 2 do 5", natomiast w kolumnie 3 znajdowało się odniesienie do „Patrz załącznik parametry techniczne i jakościowe” - a więc do dokumentu Parametrów Techniczno-Jakościowych. Odwołujący potwierdził w tym formularzu, że oferuje m.in. REVLNE GREASE EPI LV i REVLNE GREASE EP2 LV (dalej także łącznie: Smary) w kolorze jasnożółtym, albowiem ko znajdował się w tych Parametrach Techniczno-Jakościowych, a konkretnie w sekcji II SMARY w pozycja nr 2 tabel tam umieszczonych. W kolumnie III pomimo nazwy Klasa lepkości/Temperatura zapłonu nie można uznać, że parametry techniczne i jakościowe oferowanych dotyczyły właśnie tych parametrów, albowiem nie są one normowane dla Smarów, co potwierdza treść dokumentu Parametry Techniczno-Jakościowe, w którym w sekcji II SMARY nie znajdują się parametry klas lepkości/temperatury zapłonu, stąd Odwołujący potwierdzając spełnienie wszystkich wymogów dotyczących Smarów odnosił się do wszelkich parametrów ujętych w dokumencie Parametrach Techniczno-Jakościowych.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp „treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia”. Wymogiem Zamawiającego istotnie był kolor jasnożółty smaru, który został określony w Parametrach Techniczno-Jakościowych, a który to kolor zaoferował Odwołujący, wpisując do Formularza Technicznego KWB frazę "Potwierdzamy spełnienie wszystkich wymogów Zamawiającego w kolumnach 2 do 5". Tym samym poza kolorem poświadczył spełnienie warunków dotyczących oferowanych produktów, w tym Smarów. Zgodnie z pkt 16 SWZ Dokumenty Informacji Technicznej Produktu (dalej: PDS) czy Karta charakterystyki produktu (dalej: MSDS) nie stanowiły części oferty, o której mowa w pkt 16.5 SWZ ani nie zostały wymienione także w sekcji 16.6 SWZ, w której określono dokumenty, które do oferty należy dołączyć. Dołączenie pliku o nazwie Dokumenty techniczne produktów równoważnych.zip, zawierającego pliki MSDS i PDS produktów nastąpiło omyłkowo, tj. poza ofertą - mając na uwadze doświadczenie Odwołującego w tego typu przetargach, w których często wnoszono o uzupełnienie dokumentacji przetargowej w tym spełnienia warunku, który w niniejszym postępowaniu również pojawił się w sekcji 3.4 SWZ, zgodnie z którym „Dostarczane w ramach realizacji Umowy Produkty muszą posiadać karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego. Produkt musi spełniać wymagania zawarte w karcie charakterystyki preparatu niebezpiecznego, w której olej smarowy i smar stały nie może być identyfikowany, jako substancja toksyczna zawierająca chemiczne substancje rakotwórcze lub mutagenne kategorii 1 lub 2 (karta nie może zawierać wpisów: symbol ostrzegawczy T — produkt toksyczny, symbol zagrożenia R- 45).” Z żadnego zapisu SWZ nie wynikała konieczność dołączenia PDS czy MSDS do oferty, tj. nie stanowiły one części oferty zgodnie z literalnym

brzmieniem SWZ. Wskazany bowiem punkt SWZ mówił wyłącznie o tym, że już w ramach realizacji Umowy Produkty powinny posiadać zgodną z wymogami prawnymi kartę charakterystyki preparatu niebezpiecznego, z której winno wynikać, że smar nie może być identyfikowany, jako substancja toksyczna zawierająca chemiczne substancje rakotwórcze lub mutagenne kategorii 1 lub 2 (karta nie może zawierać wpisów: symbol ostrzegawczy T - produkt toksyczny, symbol zagrożenia R- 45). Mając na uwadze powyższe w ofercie zdefiniowanej zgodnie z SWZ nigdzie nie pojawiło się określenie, że Odwołujący oferuje smar REVLNE GREASE EPI LV i REVLNE GREASE EPI LV w kolorze jasnobrązowym, albowiem wynikało to i to omyłkowo z dokumentu towarzyszącego i nieobowiązkowego w świetle wymogów SWZ, który nie składał się na ofertę Odwołującego. Wskazany w MSDS kolor nie stanowi potwierdzenia barwy oferowanego produktu, a jest jedynie parametrem, który wpisuje osoba sporządzająca tego typu dokument w celu jego identyfikacji. Dlatego nie można uznać, że Odwołujący zaoferował produkt o kolorze wskazanym w dokumencie MSDS, który służy celom związanym z charakterystyką i postępowaniem z produktem niebezpiecznym. Ponadto kolor jest parametrem nienormowanym nieposiadającym standardu ani Polskiej Normy ani normy ISO poza subiektywną oceną osoby sporządzającej MSDS. W związku z tym odwołanie się przez Zamawiającego przy uznaniu sprzeczności oferty do kwestii koloru w MSDS nie powinno mieć miejsca.

Odwołujący wskazał, że dokument PDS zawiera informacje techniczne produktów służące do oceny parametrów oferowanego produktu. W dołączonym dokumencie PDS Smarów nie została wskazana barwa. Dokument MSDS jest dokumentem dotyczącym charakterystyki produktu niebezpiecznego, który zostaje przedłożony na potrzeby konieczności spełnienia wymagań zawartych w karcie charakterystyki preparatu niebezpiecznego, w której olej smarowy i smar stały nie może być identyfikowany jako substancja toksyczna zawierająca chemiczne substancje rakotwórcze lub mutagenne kategorii 1 lub 2 (karta nie może zawierać wpisów: symbol ostrzegawczy T - produkt toksyczny, symbol zagrożenia R- 45). Omyłkowo w karcie MSDS Smarów wskazano kolor produktu jako jasnobrązowy, a nie jasnożółty. Obowiązek przygotowania dokumentu MSDS wynika z art. 31 rozporządzenia w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (tzw. rozporządzenie REACH), w świetle którego karta charakterystyka to dokument zawierający opis zagrożeń, które może spowodować określona substancja lub mieszanina chemiczna, a także podstawowe dane fizyko-chemiczne na jej temat. Podstawowym celem takiego dokumentu jest informowanie o potencjalnych zagrożeniach związanych z daną substancją lub mieszaniną, metodach ich zapobiegania i procedurach jakie należy wykonać w razie wystąpienia skażenia opisywaną substancją lub mieszaniną. Tego typu dokument zawiera również informacje o bezpiecznym magazynowaniu substancji lub mieszaniny oraz postępowaniu z nią oraz jej usuwaniu. Informacje na temat podstawowych właściwości fizycznych i chemicznych substancji zawarte w tej sekcji 9.1 MSDS służą do pomocy w określeniu warunków, w których substancja lub mieszanina może być niebezpieczna. Informacje te wykorzystywane są do opracowania konkretnych procedur dotyczących narażenia w miejscu pracy, przechowywania, obchodzenia się, gaszenia pożarów, oczyszczania z wycieków itp. Od 1 stycznia 2023 r. wszystkie karty charakterystyki (MSDS) powinny być zgodne z rozporządzeniem 878/2020/EU z dnia 18 czerwca 2020 r. zmieniającym załącznik II do rozporządzenia REACH dotyczący karty charakterystyki. Rozporządzenie wprowadza zmiany m.in. w szablonie karty charakterystyki w sekcji 9, 11, 12 i 14, nakazuje uwzględnianie informacji o nanopostaciach substancji oraz substancjach zaburzających działanie gospodarki hormonalnej - z tym zastrzeżeniem, gdyby te punkty nie były spełnione, to można zarzucić takiemu MSDS niezgodność z wymogami prawa, natomiast kwestia koloru/ barwy ujętego w tychże dokumentach jest kwestią nieobligatoryjną tj. zgodnie z przepisami wpisanie nawet w sekcji 9.1 kolor: brak danych nie jest niezgodny z zasadami wystawienia tego typu dokumentów. Charakterystyka MSDS jako dokumentu wskazuje, że nie jest, ani nigdy nie był on dokumentem potwierdzającym właściwości fizykochemiczne oferowanych Smarów. Odniesienie się przez Zamawiającego do właściwości wpisanych w MSDS jest nie tylko bezpodstawne wobec tego, że nie był on wymagany przez Zamawiającego, ale pokazuje także niekonsekwencję i wybiórczość działania Zamawiającego, który np. określa w parametrach technicznych i jakościowych oprócz barwy choćby wymagania co do bazy „z lekkich olejów mineralnych bez wtrąceń i dodatków olejów przepracowanych”, którego potwierdzenia nie ma w tego typu dokumencie (MSDS), a którego brak właśnie wynika z tego że służy on innemu celowi niż potwierdzanie wartości fizyko-technicznych produktów. Niemniej jednak, jeżeli Zamawiający powziął na podstawie załączonych omyłkowo dokumentów PDS i MSDS jakiegokolwiek wątpliwości, winien zastosować art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który umożliwia w toku badania i oceny ofert żądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Pojawienie się w innym składanym dokumencie - MSDS produktu niebezpiecznego koloru jasnobrązowego podczas gdy w Formularzu Technicznym KWB Odwołujący zadeklarowała jasnożółty (poprzez potwierdzenie parametrów jakościowo-technicznych z załącznika nr 2a stanowi okoliczność konieczną do wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie nastąpiła sprzeczność i niejasność w dokumentach załączonych do oferty, skoro w samej ofercie wskazano, że kolor smaru będzie jasnożółty, a w dokumencie towarzyszącym (choć nieobligatoryjnym i ze swego charakteru nie służącym do potwierdzenia kwestii jakościowo-technicznych), omyłkowo wskazano kolor jasnobrązowy.

Wyjaśnienie treści tego dokumentu MSDS doprowadziłoby to wskazania omyłki we wskazaniu koloru w tym dokumencie, przy niezmienionej treści oferty i Formularza Technicznego KWB. Użycie przez ustawodawcę słowa "może" w treści art. 223 ust. 1 Pzp nie może doprowadzić do uznania, że Zamawiający ma całkowitą swobodę w stosowaniu art. 223 ust. 1 Pzp. W określonych okolicznościach, zwłaszcza wtedy, gdy istnieją jednoznaczne podstawy do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości jak w niniejszej sprawie, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ww. przepisu stanowi obowiązek Zamawiającego, który w niniejszej sprawie został zaniechany, a który doprowadził do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 Zamawiający podał w szczególności, że na gruncie Pzp występuje szerokie rozumienie pojęcia oferty, że oferta to nie tylko „formularz ofertowy”, ale również załączone do niej dokumenty wymagane przez zamawiającego jak i inne załączone przez samego wykonawcę o różnym charakterze prawnym (oferta sensu largo). Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są - w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym - częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli, wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Zamawiający stwierdził, że nie mógł uznać, że Odwołujący złożył karty charakterystyki dla smarów przez pomyłkę i prawidłowo potraktował je jako element oferty sensu largo. Tylko bowiem z uwzględnieniem informacji w nich zawartych Zamawiający mógł realnie dokonać oceny ofert i spełnienia przez nie warunków merytorycznych zamówienia w szczególności, określonych w Załączniku nr 2a do SWZ. Nie jest wystarczające potwierdzenie przez Odwołującą w Formularzu Technicznym spełnienia wymogów Zamawiającego, bowiem przy uznaniu, że stanowi to samo w sobie dowód zgodności oferowanych produktów z wymogami SWZ, porównanie ofert byłoby de facto niemożliwe. Dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia. Wbrew rozumowaniu, które przedstawia Odwołujący, należy uznać, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści merytorycznej z warunkami zamówienia.

Oparcie się przez Zamawiającego wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, co do spełnienia wymogów opisanych w warunkach zamówienia, stanowiłoby naruszenie zasad, którym rządzi się Prawo zamówień publicznych. Odwołujący załączył dokumenty, które posłużyły do dokonania oceny oferty i tylko on ponosi ryzyko czy dane i parametry znajdujące się w załączonych przez niego dokumentach są zgodne z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający podał, że zarówno oferta jak i ewentualnie złożone przedmiotowe środki dowodowe mogą podlegać wyjaśnieniu, które mogą dotyczyć treści oferty złożonej przez wykonawcę. Skoro oferta po upływie terminu na składanie ofert nie może być zmieniana, to także wyjaśnienia treści dotyczące tych dowodów nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Tej samej zasadzie podlega ocena ofert dokonywana przy pomocy innych - niż przedmiotowe środki dowodowe dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą. Niedozwolone są wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. W tym stanie faktycznym tak jednak nie jest. De facto wyjaśnienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę informacje zawarte w samym odwołaniu, prowadziłyby wyłącznie do zmiany treści oferty poprzez wskazanie innej barwy oferowanego produktu.

W formularzu Technicznym Odwołujący zaoferował bowiem smary REVLIN Grease Ep-I LV i REVLIN Gras EP-2 LV i do nich odnoszą się załączone karty charakterystyki, które jednoznacznie określają kolor tych produktów jako jasnobrązowy. W tym przypadku wyjaśnienia mogłyby wyłącznie prowadzić do zmiany parametru wynikającego ze złożonej oferty. Odwołujący bowiem w odwołaniu wskazuje, że same karty charakterystyki złożył omyłkowo, a wskazanie w nich barwy również nastąpiło omyłkowo, jednak nie załączył do odwołania żadnego dokumentu, który potwierdzałby faktycznie, że oferowane smary mają kolor jasnożółty.

Próba wykazywania tego wyłącznie w oparciu o złożone ogólne oświadczenie o spełnieniu wymogów zamawiającego nie może być natomiast uznana za skuteczną. Wszelkie zastrzeżenia czy zarzuty odwołania, dotyczące nieprawidłowego formułowania SWZ i dokumentów zamówienia są na obecnym etapie postępowania spóźnione, ponieważ Odwołujący nie zakwestionował ich ani w trybie wskazanym w art. 135 ustawy Pzp ani poprzez złożenie odwołania wobec treści dokumentów zamówienia.

Wykonawca Orlen Oil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego w postaci kart charakterystyki zaoferowanych przez tego wykonawcę smarów, karty charakterystyki dla smarów zaoferowanych przez Przystępującego, części ofert (załącznika nr 2 do SWZ) złożonych przez Przystępującego i FUCHS OIL (nazwa użyta w ofercie) oraz korespondencji mailowej pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym w przekazaniu ofert pozostałych wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Część nr 2 postępowania obejmuje dostawę olejów i smarów dla PGE GiEK S.A., Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów.

Zgodnie z pkt 3 SWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia:

- 3.1. Przedmiotem Zamówienia jest dostawa olejów i smarów na okres 12 miesięcy dla kopalni odkrywkowych w PGE GiEK S.A. [realizacja dostaw w 2024 roku].
- 3.2. Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia, parametry techniczne oraz ilości znajdują się w Załącznikach nr 1, 2 i 2a do SWZ.
- 3.3. Baza olejowa oferowanych produktów rafinacji ropy naftowej musi pochodzić z olejów nieregenerowanych, pochodzących z bieżącej produkcji, spełniających wymogi techniczno-jakościowe określone przez normy i producenta danego wyrobu.
- 3.4. Dostarczane w ramach realizacji Umowy Produkty muszą posiadać karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego. Produkt musi spełniać wymagania zawarte w karcie charakterystyki preparatu niebezpiecznego, w której olej smarowy i smar stały nie może być identyfikowany, jako substancja toksyczna zawierająca chemiczne substancje rakotwórcze lub mutagenne kategorii 1 lub 2 (karta nie może zawierać wpisów: symbol ostrzegawczy T – produkt toksyczny, symbol zagrożenia R- 45).

(...)

Stosownie do pkt 16.5. SWZ na zawartość oferty składa się:

- 16.5.1. wypełniony za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE formularz ofertowy, w którym Wykonawca określi całkowitą wartość przedmiotu zamówienia w PLN (netto i brutto) – podpisany przez osoby upoważnione do podejmowania czynności prawnych, w tym do zaciągania zobowiązań skutkujących finansowo; w którym Wykonawca:
 - 16.5.1.1. określi całkowitą wartość przedmiotu zamówienia w PLN (netto i brutto) dla każdej części zamówienia oraz ceny jednostkowe w PLN (netto i brutto) w ramach danej Części zamówienia – podpisany przez osoby upoważnione do podejmowania czynności prawnych, w tym do zaciągania zobowiązań skutkujących finansowo;
 - 16.5.1.2. złoży wymagane oświadczenia i informacje, w tym:
 - 16.5.1.2.1. oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie pkt 10.1.2. SWZ w tym w zakresie dotyczącym Podmiotu udostępniającego zasoby oraz Podwykonawców/ Dostawców na których przypada ponad 10% wartości zamówienia;
 - 16.5.1.2.2. oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie pkt 3.10. SWZ w tym zakresie dotyczącym Podmiotu udostępniającego zasoby oraz Podwykonawców / Dostawców;
- 16.5.2. Formularz techniczny, stanowiący Załącznik nr 1 i/lub 2 do SWZ;
- 16.5.3. Wadium (w przypadku wadium wniesionego w gwarancji lub poręczeniu), oryginał w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego. Wadium w pieniądzu Wykonawca zobowiązany jest wnieść zgodnie z pkt. 13.4. SWZ.

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał:

Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca wraz z Ofertą załączył dokumenty techniczne produktów równoważnych. Znajdujące się tam Karty Charakterystyki określają kolor oferowanego przez Wykonawcę smaru Revline Grease EP1 LV oraz Revline Grease EP2 LV jako „jasnobrązowy”. Zgodnie z Załącznikiem nr 2a do SWZ „Parametry techniczno-jakościowe dla smarów KWB” Zamawiający wymagał, aby oferowane produkty posiadały kolor „jasnożółty”. Barwa oferowanego produktu ma istotne znaczenie dla prawidłowego prowadzenia ruchu układu KTZ, tj. pozwala ona diagnozować nieprawidłowości w działaniu urządzeń. Służby ruchowe na podstawie koloru produktu znajdującego się w zbiorniku (z użyciem wizjera) są w stanie wstępnie zdiagnozować problem z układem hydraulicznym lub zlecić przeprowadzenie badania oleju w laboratorium celem jego wymiany.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Ad zarzuty nr 1 i 2

Zgodnie z art. 218 ust. 1 i 2 Pzp 1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na wstępie zauważenia wymaga, że dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi przez zamawiającego warunkami zamówienia. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą odrzucenia oferty wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Z uwagi bowiem na przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach danej sprawy możliwe jest ustalenie treści złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy i dokonanie poprawy omyłek w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w tym zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przechodząc od ww. uwag na grunt analizowanej sprawy, zauważenia wymaga, że zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie uznał, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji niezasadnie odrzucił ofertę, opierając swoje stanowisko na treści Karty charakterystyki dołączonej przez Odwołującego do oferty, w której wskazano na kolor smaru „jasnobrązowy” a nie „jasnożółty”, jak tego wymagał Zamawiający w SWZ, pomimo, iż w treści oferty znalazło się wymagane przez Zamawiającego oświadczenie o zgodności zaoferowanych dwóch smarów z parametrami technicznymi i jakościowymi określonymi przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego natomiast, skoro Odwołujący dobrowolnie wraz z ofertą złożył niewymagane na tym etapie postępowania Karty charakterystyki, w których był wskazany kolor „jasnobrązowy”, a nie „jasnożółty”, to należało te karty potraktować jako przedmiotowe środki dowodowe, i na ich podstawie uznać, że oferta Odwołującego nie spełnia warunków zamówienia.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że treść oferty Odwołującego na którą składały się dokumenty wymagane przez Zamawiającego, określone w SWZ, nie budziła zastrzeżeń Zamawiającego. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że w ramach dokumentów zamówienia wskazał w pkt 3.2. SWZ, że „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, parametry techniczne oraz ilości znajdują się z Załącznikami nr 1, 2 i 2a do SWZ”. Ponadto wskazał, że dostarczane w ramach realizacji Umowy Produkty muszą posiadać karty charakterystyki preparatu

niebezpiecznego. Załącznik nr 2a (istotnie po jego otwarciu pojawia się, co należy uznać za omyłkę, wskazanie na Załącznik nr 2b do SWZ) zawiera wskazanie parametrów technicznych i jakościowych wymaganych dla smarów, w tym smaru litowego EP1 i smaru EP-2. Zgodnie z pkt 3.2. SWZ wskazane parametry należy traktować jako element opisu przedmiotu zamówienia, wskazanie przez Zamawiającego warunków, którym musi odpowiadać oferowany produkt. Pośród tych parametrów Zamawiający wskazał również barwę smaru. Zamawiający także przyznał, że oferta Odwołującego zawiera Załącznik nr 2 do SWZ tj. Formularz techniczny, w którym wykonawca ten potwierdził spełnienie wszystkich wymogów Zamawiającego dotyczących smarów EP-I i EP-2. Formularz Techniczny w części niewypełnianej przez Wykonawcę wskazywał przy kolumnie odnoszącej się do smarów EP-I i EP-2 na wymóg spełnienia parametrów technicznych i jakościowych z załącznika doń się odnoszącego, tj. załącznika nr 2a do SWZ.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, wynika, że pomimo, iż oferta Odwołującego odpowiadała wymaganiom opisanym w SWZ, bowiem zawierała wymagane oświadczenie zawarte w ofercie tego wykonawcy, z którego wynikało, że kolor smarów był zgodny z wymogami Zamawiającego, podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że z kart charakterystyki dla zaoferowanych smarów REVLIN Grease EP-I LV oraz REVLIN Grease EP-2 LV, załączonych do oferty wynika, że smary mają kolor.

Nie jest przy tym sporne, że karty charakterystyki nie były wymagane przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, lecz dopiero przy dostawie zamawianych produktów. Jak zostało stwierdzone na rozprawie przez Odwołującego, który jest producentem spornych smarów, kolor smaru jest uzależniony od rodzaju i koloru dodanego oleju i jest ustalany według potrzeb konkretnych zamawiających i wówczas sporządzana jest dla danej partii smarów karta charakterystyki.

Nadto nie jest sporne, że nie wszyscy wykonawcy złożyli karty charakterystyki, oraz że w przypadku, gdy zostały one złożone, ocena takich ofert została dokonana przez Zamawiającego z ich uwzględnieniem, natomiast gdy nie zostały złożone przez danego wykonawcę, ocena jego oferty została dokonana na podstawie treści oferty, wymaganej stosownie do postanowień SWZ.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego, wbrew treści oferty tego wykonawcy, w której w sposób wymagany przez Zamawiającego i opisany w SWZ zostały zaoferowane Smary odpowiadające wymaganiom SWZ także co do koloru.

Oparcie decyzji co do odrzucenia oferty Odwołującego o niewymagane w SWZ karty charakterystyki, i stwierdzenie na ich podstawie, że zaoferowane przez tego wykonawcę Smary nie spełniają wymogu co do koloru, należy uznać za pozbawione podstaw. Zwraca przy tym uwagę niekonsekwencja Zamawiającego, nie tylko co do sposobu u rozumienia opracowanej przez siebie SWZ, czemu dał wyraz w powyżej przedstawionej odpowiedzi na odwołanie, ale też co do sposobu traktowania kart charakterystyki złożonych wraz z ofertą przez niektórych wykonawców, pomimo takiego wymogu. Jak bowiem wynika z dowodu złożonego przez Odwołującego, również Przystępujący załączył do oferty kartę charakterystyki dla zaoferowanych smarów, w której nie był podany kolor jasnożółty, lecz „Żółto - brązowy”, a oferta tego wykonawcy nie została odrzucona przez Zamawiającego.

Zaznaczenia wymaga, że SWZ po terminie składania ofert nie może być zmieniana i jest ona wiążąca zarówno dla wykonawców jak też dla Zamawiającego. Ocena ofert winna być dokonywana z zachowaniem ich porównywalności w zakresie wymagań określonych w SWZ, o których wykonawcy byli poinformowani na równych zasadach, w tym w oparciu o dokumenty wymagane w SWZ.

Wbrew stanowisku Zamawiającego w analizowanym postępowaniu karty charakterystyki nie stanowią przedmiotowych środków dowodowych, bowiem nie zostały za takie uznane w SWZ. W związku z tym ocena ofert powinna być dokonana z ich pominięciem, czyli w oparciu o takie same dokumenty, które były wymagane w SWZ.

Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego z pominięciem treści tej oferty, a w oparciu o dokumenty, których nie wymagał na etapie składania ofert, lecz dopiero na etapie realizacji zamówienia, i na ich podstawie odrzucając ofertę tego wykonawcy, czynił to z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Ad zarzut nr 3

W myśl art. 223 ust. 1 Pzp: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Zgodzić się należy z Odwołującym, że treść złożonej przez niego oferty nie była spójna z treścią kart charakterystyki. W sytuacji zatem, gdy Zamawiający zdecydował się, wbrew określonej przez siebie treści SWZ, dokonać oceny oferty tego

wykonawcy z uwzględnieniem także nadmiarowo złożonych przez niego dokumentów, nie powinien tego pominąć. Zaznaczenia jednak wymaga, że jak wyżej stwierdzono, Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania oceny ofert w oparciu o różne dokumenty, w zależności od tego czy wykonawcy złożyli nadmiarowo na tym etapie karty charakterystyki czy też nie, lecz powinien dokonać oceny ofert na równych zasadach w oparciu o ich treść wymaganą w SWZ. Treść oferty Odwołującego odpowiadała wymogom postawionym w SWZ i nie budziła wątpliwości.

Izba uwzględniła podstawowy zarzut odwołania i nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z tym, ewentualne wystąpienie o wyjaśnienia, należy uznać za bezprzedmiotowe.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego wobec braku złożenia rachunku bądź spisu kosztów, które w myśl § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, gdy są złożone do akt, stanowią podstawę do zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego.

Przewodnicząca: