Sygn. akt KIO 875/15

WYROK
z dnia 6 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **LOTOS Paliwa Sp. z o.o., ul. Elbląska 135, 80-718 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań** oraz **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Poznaniu S.A., ul. Stanisława Matyi 1, 61-586 Poznań**

przy udziale wykonawcy **ORLEN Paliwa Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 44, 09-411 Płock** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku w zakresie:
- badań składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340 ^{o}C dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2 - wymaganych w pozycji 18 załącznika nr 6 do SIWZ, z zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- wykazu niezbędnych do wykonania umowy urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, odpowiadających wymaganiom zamawiającego opisanym w pozycji 3 załącznika nr 8 do SIWZ - zabezpieczenie awaryjnej dystrybucji oleju napędowego, z zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

---

1.3. powtórzenie czynności końcowej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu;

2. nie uwzględnia pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Poznaniu S.A., ul. Stanisława Matyi 1, 61-586 Poznań, i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LOTOS Paliwa Sp. z o.o., ul. Elbląska 135, 80-718 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania,
3.2. zasądza od zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Poznaniu S.A., ul. Stanisława Matyi 1, 61-586 Poznań na rzecz wykonawcy LOTOS Paliwa Sp. z o.o., ul. Elbląska 135, 80-718 Gdańsk kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 875/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Poznaniu S.A. z siedzibami w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego pn. *„Dostawa olejów napędowych miejskich z możliwością awaryjnej dystrybucji u odbiorcy”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20.02.2015 r. pod numerem 2015/S 036-061939.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, ocenionej na 100 pkt, jednocześnie wskazując, że oferta wykonawcy LOTOS Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku została oceniona na 99,99 pkt, a oferta trzeciego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu - konsorcjum PETROJET Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach (lider konsorcjum) oraz PETROLIS Sp. z o.o. z siedzibą w Zwoleniu - na 99,88 pkt.

I. Wykonawca LOTOS Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwany w dalszej treści „odwołującym”, wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”, odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechania zamawiającego, w postaci:

a) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o., zwanego dalej w skrócie „ORLEN Paliwa”, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „SIWZ”, pomimo wyczerpania przez zamawiającego trybu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp,
b) czynności wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. do wyjaśnienia świadectwa jakości nr 15010254 dot. oleju napędowego arktycznego klasy 2 przedłożonego przez wykonawcę w dniu 15 kwietnia 2015 r., które to wezwanie było w swej istocie niedopuszczalnym w świetle przepisów Pzp powtórnym wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia braków w złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą sprawozdaniach z badań, dotyczących oferowanego przez ORLEN Paliwa oleju napędowego, a nadto wymagany przez zamawiającego wynik badania powinien zostać potwierdzony dokumentem wydanym przez podmiot akredytowany przez PCA, a nie

wyjaśnieniami wykonawcy,
c) zaniechania wykluczenia wykonawcy ORLEN Paliwa z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą i zaniechania odrzucenia tej oferty,
d) zaniechania wykluczenia wykonawcy ORLEN Paliwa z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz zaniechania uznania oferty wykonawcy za odrzuconą i zaniechania odrzucenia tej oferty,
e) zaniechania wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa do wyjaśnienia, jaki podmiot i na jakich zasadach jest dysponentem paliwa magazynowanego i wydawanego klientom z bazy magazynowej w Sławnie oraz do ewentualnego przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia i przez cały okres wykonywania zamówienia zapasu oleju napędowego w ilości określonej przez zamawiającego w pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ przechowywanego w bazie magazynowej wskazanej przez wykonawcę,
f) zaniechania wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa do złożenia wyjaśnień w zakresie instalacji pomiarowych zamontowanych na pojazdach zaoferowanych przez tego wykonawcę na potrzeby realizacji awaryjnej dystrybucji paliw,
g) czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ORLEN Paliwa, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. pomimo wyczerpania przez zamawiającego trybu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp nie zostały przedłożone przez wykonawcę wymagane postanowieniami SIWZ i określone w wezwaniu zamawiającego prawidłowe pod względem formalnym i treściowym dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane przez wykonawcę oleje napędowe wymagań określonych przez zamawiającego (brak dokumentów wydanych przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA wymaganych w Rozdziale VI pkt 3.5 SIWZ oraz w wezwaniu zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r., brak wyników badań dotyczących zawartości estrów metylowych kwasów tłuszczowych (FAME) oraz stabilności oksydacyjnej dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F wymaganych w pkt 13 i 14 załącznika nr 5 do SIWZ oraz w pkt 1 i 2 wskazanego wezwania zamawiającego, brak wyników badań dotyczących składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340° dla oleju napędowego C Ekodiesel Ultra klasy 2 wymaganych w pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ oraz w pkt 5 wskazanego wezwania zamawiającego),

2) art. 26 ust. 3 i ust. 4 przez wezwane wykonawcy ORLEN Paliwa pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących badania wydajności składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340° dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra C klasy 2 (wymaganego w pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ) i potwierdzenie przez wykonawcę, że dany olej napędowy do temperatury 340° destyluje min. 95%, które to C wezwanie stanowiło w istocie niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp powtórne wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia braków w złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą sprawozdaniach z badań, dotyczących jakości oferowanego przez ORLEN Paliwa oleju napędowego, a nadto wynik ww. badania powinien zostać potwierdzony dokumentem wydanym przez podmiot akredytowany przez PCA, a nie wyjaśnieniami wykonawcy,
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ORLEN Paliwa, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj.:
   a) nie wykazał dysponowania zapasem oleju napędowego w ilości określonej przez zamawiającego w pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ przechowywanym w bazie magazynowej spełniającej wymogi zamawiającego,
   b) nie wykazał dysponowania odpowiednimi urządzeniami wymaganymi przez zamawiającego w pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ na potrzeby realizacji przez wykonawcę awaryjnej dystrybucji paliw, jak również przez zaniechanie uznania oferty złożonej przez wykonawcę ORLEN Paliwa za odrzuconą oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty,
4) art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 89 ust 1 pkt 5 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ORLEN Paliwa z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. oświadczenia, że w czasie realizacji umów będzie on wykorzystywał bazę magazynową w Sławnie, która to baza jest jednak już od wielu miesięcy na stałe wyłączona z użytkowania i zamknięta, jak również przez zaniechanie uznania oferty złożonej przez wykonawcę ORLEN Paliwa za odrzuconą oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty,
5) art. 26 ust. 4 przez zaniechanie wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa do wyjaśnienia, jaki podmiot i na jakich zasadach jest dysponentem paliwa magazynowanego i wydawanego klientom z bazy magazynowej w Sławnie oraz do ewentualnego przedłożenia oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia i przez cały okres wykonywania tego zamówienia zapasu oleju napędowego w ilości określonej przez zamawiającego w pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ przechowywanego w bazie magazynowej wskazanej przez wykonawcę,
6) art. 26 ust. 4 przez zaniechanie wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa do złożenia

wyjaśnień w zakresie instalacji pomiarowych zamontowanych na pojazdach zaaferowanych przez tego wykonawcę na potrzeby realizacji awaryjnej dystrybucji paliw,
7) art. 91 ust. 1 przez błędne wybranie oferty ORLEN Paliwa jako oferty najkorzystniejszej,

podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta złożona przez odwołującego,

8) art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności z uwagi na nie odrzucenie oferty wykonawcy ORLEN Paliwa, której treść nie odpowiada treści SIWZ, nie wykluczenie z postępowania wykonawcy ORLEN Paliwa, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp powtórne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego braku dokumentu, zaniechanie wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa przed wyborem oferty do udzielenia wyjaśnień, których udzielenie było konieczne, błędne wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ORLEN Paliwa.

Wskazując na powyższe naruszenia odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez ORLEN Paliwa jako oferty najkorzystniejszej,
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3) odrzucenia oferty złożonej przez ORLEN Paliwa lub wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą i odrzucenia tej oferty, ewentualnie
wezwania ORLEN Paliwa do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym,
4) wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5) zasądzenie kosztów postępowania,
6) dopuszczenie i prowadzenie dowodu z następujących dokumentów:
   a) wydruku ze strony internetowej www.pca.gov.pl z dnia 21.04.2015 r. zawierającego wykaz laboratoriów badawczych z Grupy ORLEN akredytowanych przez Polskie Centrum Akredytacji - na okoliczność tego, że akredytacji PCA nie posiada ani ORLEN Paliwa Sp. z o.o., ani ORLEN Południe S.A., ani Rafineria Trzebinia S.A.,
   b) pisma ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 16.06.2014 r. dot. zakończenia działalności operacyjnej na Terminalu Paliw w Sławnie z dniem 24.06.2014 r. - na okoliczność tego, że od czerwca 2014 r. w bazie magazynowej w Sławnie wskazanej przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w załączonym do oferty wykazie urządzeń nie jest już od wielu miesięcy

prowadzona jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania jakichkolwiek paliw, w związku z czym w bazie tej nie jest i nie może być magazynowany wymagany przez zamawiającego zapas oleju napędowego,

   c) wydruku ze strony internetowej ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 17.04.2015 r. z wykazem baz paliw - na okoliczność tego, że od czerwca 2014 r. w bazie magazynowej w Sławnie wskazanej przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w załączonym do oferty wykazie urządzeń nie jest już od wielu miesięcy prowadzona jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania jakichkolwiek paliw, w związku z czym w bazie tej nie jest i nie może być magazynowany wymagany przez zamawiającego zapas oleju napędowego,
   d) zdjęcia zamkniętej bramy wjazdowej na teren bazy magazynowej w Sławnie z dnia 23.04.2015 r. - na okoliczność tego, że w przedmiotowej bazie nie jest już prowadzona jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania jakichkolwiek paliw, oraz tego, że baza magazynowa w Sławnie pozostaje w dyspozycji Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A., a nie wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o.,
   e) Certyfikatu badania typu WE wystawionego przez Federalny Zakład ds. Badań Fizyczno - Technicznych (PTB) dla spółki Alfons Haar Maschinenbau GmbH & Co. - na okoliczność tego, że instalacje pomiarowe instalowane na pojazdach służących do transportu paliw i wydawania paliw klientom umożliwiają jednorazowe wydanie paliwa w minimalnej ilości 300 litrów lub 1000 litrów, tj. w ilości kilkukrotnie przewyższającej określony przez zamawiającego w pkt 3 załącznika nr 8 do SIWZ wymóg zatankowania do każdego z pojazdów zamawiającego oleju napędowego w ilości 150 litrów, w związku z czym pojazdy wskazane przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. nie spełniają tego wymogu zamawiającego,
   f) Instrukcji Użytkownika dystrybutora Global Star V na okoliczność parametrów

technicznych typowej instalacji pomiarowej montowanej na stacjach paliw i służącej do tankowania pojazdów,

7) zobowiązanie wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o. do przedłożenia Krajowej Izbie Odwoławczej oraz odwołującemu, w terminie nie późniejszym niż na 3 dni przed terminem rozprawy wyznaczonej w sprawie, następujących dokumentów oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczności wskazane poniżej:
   a) wydanych przez Polskie Centrum Akredytacji na rzecz ORLEN Paliwa Sp. z o.o., ORLEN Południe S.A. i Rafineria Trzebinia S.A. ważnych certyfikatów akredytacji laboratoriów badawczych wraz z zakresami akredytacji tych laboratoriów badawczych - na okoliczność tego, czy wskazane spółki posiadają akredytację PCA,
   b) raportów ze stanów magazynowych zbiorników paliwowych z olejem napędowym

znajdujących się na terenie bazy magazynowej w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 (19 zbiorników o pojemności 50,00 m^3 każdy) za okres od dnia 01.01.2015 r. do dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. do dnia 02.04.2015 r. - na okoliczność tego, czy we wskazanym okresie była prowadzona w bazie magazynowej w Sławnie jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania paliw, jak również tego, jaki podmiot jest dysponentem paliwa magazynowanego w tej bazie,
   c) wydanych przez polskie organy administracji miar ważnych świadectw legalizacji ponownej instalacji pomiarowych do paliw ciekłych zainstalowanych na wszystkich pojazdach o numerach rejestracyjnych wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w przedłożonym wraz z ofertą wykazie niezbędnych do wykonania umowy urządzeń oraz deklaracji zgodności, certyfikatów i dokumentacji technicznej wszystkich tych instalacji pomiarowych - na okoliczność tego, jakie instalacje pomiarowe zainstalowane są na pojazdach wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w wykazie urządzeń złączonym do oferty, jaka jest minimalna ilość paliwa, która jednorazowo może być wydana przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych, oraz wydajność pomp, tj. ilość paliwa, jakie może być wydane przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych wciągu 1 minuty,

8) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych sądowych z zakresu motoryzacji, mechaniki samochodowej oraz eksploatacji maszyn i urządzeń na okoliczność ustalenia, czy technicznie możliwe i bezpieczne jest zatankowanie pojazdu olejem napędowym w ilości 0,15 m^3 przy wykorzystaniu urządzeń o parametrach technicznych zaoferowanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w załączonym do oferty tego wykonawcy wykazie urządzeń niezbędnych do wykonania umowy.

Równocześnie odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania wyrażający się w tym, iż wskutek niezgodnych z przepisami Pzp wskazanych czynności i zaniechania zamawiającego, oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza po odrzuceniu oferty złożonej przez ORLEN Paliwa lub wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania, co w konsekwencji prowadzi do powstania po stronie odwołującego szkody w postaci nieuzyskania zamówienia i utraty korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

W postępowaniu oferty złożyli: odwołujący, ORLEN Paliwa oraz konsorcjum spółek

Petrojet Sp. z o.o. i Petrolis Sp. z o.o.

Z pisma zamawiającego z dnia 17.04.2015 r. - zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez ORLEN Paliwa - wynika, że oferta ta uzyskała największą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert (100,00 pkt), oferta złożona przez odwołującego jest drugą w kolejności ofertą z największą liczbą punktów (99,99 pkt).

Cena oferty ORLEN Paliwa wynosi 100 380 792,00 zł, oferty odwołującego 100 394 322,00 zł (różnica w cenach ofert wynosi 13 530,00 zł, jest to różnica znikoma w kontekście stumilionowej wartości całego przetargu). Oferta złożona przez konsorcjum wskazanych

wyżej spółek uzyskała mniej punktów od ofert złożonych przez ORLEN Paliwa i odwołującego i jest także o wiele mniej korzystna cenowo.

W ocenie odwołującego, wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił wskutek niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wskazanych w odwołaniu, gdyż jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego.

1. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ORLEN Paliwa.

Przedmiotem postępowania jest dostawa oleju napędowego standardowego oraz oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych (2 klasa paliw dla klimatu arktycznego lub surowego klimatu zimowego, Rozdział III, pkt 1, str. 3 SIWZ). Zgodne z pkt 3.5 Rozdziału VI SIWZ (str. 6 SIWZ) wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą pisemnych oświadczeń o spełnieniu przez dostarczane oleje napędowe wymagań norm określonych w PN-EN 590:2013-12, rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 9 grudnia 2008 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1058) oraz o jednoczesnym spełnieniu wymagań jakościowych dotyczących parametrów oferowanych olejów napędowych, według wzorów oświadczeń określonych w załącznikach nr 5 i 6 do SIWZ. Na potwierdzenie spełniania wymagań jakościowych przez dostarczane oleje napędowe wykonawcy musieli także załączyć do ofert dokumenty w postaci pełnej charakterystyki właściwości fizyko-chemicznych oferowanych paliw, potwierdzonej stosownymi dokumentami wydanymi przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratoria akredytowane przez PCA. Analogiczne zastrzeżenia o obowiązku wykonawców załączenia do ofert dokumentów wydanych przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA, zostały zawarte w treści załączników nr 5 i 6 do SIWZ.

Wykonawca ORLEN Paliwa załączył do oferty sprawozdania z badań wydane przez ORLEN Laboratorium Sp. z o.o. Pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę ORLEN Paliwa do uzupełnienia treści złożonej oferty przez przedłożenie wyników badań dotyczących m.in.:

1) zawartości estrów metylowych kwasów tłuszczowych (FAME) dla oleju napędowego

Ekodiesel Ultra B, D, F wymaganych w pkt 13 zał. nr 5 do SIWZ (pkt 1 wezwania z dnia 10.04.2015 r.),

2) stabilności oksydacyjnej dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F wymaganej w pkt 14 zał. nr 5 do SIWZ (pkt 2 wezwania z dnia 10.04.2015 r.),

3) badań składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340 ^{o}C dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2 wymaganych w pkt 18 zał. nr 6 do SIWZ (pkt 5 wezwania z dnia 10.04.2015 r.).

Zamawiający zastrzegł w wezwaniu, że przedkładane przez wykonawcę ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wezwanie dokumenty muszą być wydane przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA. Zamawiający określił więc szczegółowo i precyzyjnie w wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2015 r., w ślad za postanowieniami SIWZ, formalne i treściowe wymogi dotyczące dokumentów (wyników badań produktów oferowanych w postępowaniu przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o.), jakie powinien przedłożyć wzywany wykonawca.

Wykonawca ORLEN Paliwa odpowiedział na wezwanie pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r., załączył do pisma certyfikat akredytacji laboratorium badawczego wydany przez Polskie Centrum Akredytacji na rzecz ORLEN Laboratorium Sp. z o.o.

W odniesieniu do kwestii ujętych w pkt 1 i 2 w wezwaniu wykonawca przedstawił świadectwo jakości nr 15BMK/A/77 dot. oleju napędowego Ekodiesel Ultra Bio wydane przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A., w którego treści wskazano na wstępie, że jednostką badawczą było ORLEN Laboratorium Sp. z o.o.

W odniesieniu do kwestii ujętej w pkt 5 wezwania wykonawca ORLEN Paliwa przedstawił świadectwo jakości nr 15010254 dot. oleju napędowego arktycznego klasy 2 wydane przez ORLEN Południe S.A. W świadectwie tym nie wskazano żadnej jednostki badawczej, natomiast w końcowej części świadectwa zastrzeżono, że zostało ono oporządzone na podstawie Sprawozdania z badań nr 15010254 ORLEN Laboratorium Sp. z o.o.

„ŚWIADECTWO JAKOŚCI nr 15010254 Trzebinia, 05 styczeń 2015 12:31
Nazwa wyrobu: OLEJ NAPĘDOWY ARKTYCZNY KLASY 2
Kwalifikowany na podstawie: PN-EN 590:2013-12 i Rozp. M.G. z dn. 09.

Jednostka badawcza:
Jednostka kwalifikująca: Rafineria Trzebinia S.A. ul. Fabryczna 22, 32-540 Trzebinia
Sporządzone na podstawie Sprawozdania z Badań nr 15010254 ORLEN Laboratorium Sp. z o.o."

Żaden z podmiotów - ani ORLEN Południe S.A., ani Rafineria Trzebinia S.A. (wskazana w treści tego świadectwa jako jednostka kwalifikująca; jest to poprzednia nazwa,

pod jaką funkcjonowała spółka ORLEN Południe S.A.) - nie posiada akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji, co wynika z aktualnej bazy akredytowanych laboratoriów badawczych zawartej na stronie internetowej PCA.

Dowód: *wydruk ze strony internetowej www.pca.gov.pl z dnia 21.04.2015 r. zawierający wykaz laboratoriów badawczych z Grupy ORLEN akredytowanych przez Polskie Centrum Akredytacji.*

Dodatkowo na okoliczność wykazania, że ani ORLEN Południe S.A., ani Rafineria Trzebinia S.A., nie posiadają stosownej akredytacji PCA, odwołujący wniósł o zobowiązanie wykonawcy ORLEN Paliwa do przedłożenia wydanych przez Polskie Centrum Akredytacji na rzecz ORLEN Południe S.A. i Rafinerii Trzebinia S.A. ważnych certyfikatów akredytacji laboratoriów badawczych wraz z zakresami akredytacji tych laboratoriów badawczych, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów. Chociaż zdaniem odwołującego, niewskazanie żadnego z tych podmiotów jako akredytowanego na stronie internetowej PCA jednoznacznie świadczy o tym, że żadna z tych spółek stosownej akredytacji PCA nie posiada, to ewentualne nieprzedłożenie przez ORLEN Paliwa żądanych dokumentów stanowić będzie definitywne i niepodważalne potwierdzenie wskazywanej przez odwołującego okoliczności.

W ocenie odwołującego, świadectwo jakości nr 15010254 dot. oleju napędowego arktycznego klasy 2 wydane przez ORLEN Południe S.A., w którego treści nie wskazano jako jednostki badawczej ORLEN Laboratorium Sp. z o.o., złożone przez wykonawcę ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r., nie spełnia warunku formalnego określonego w pkt 3.5 Rozdziału VI SIWZ oraz w załączniku nr 6 do SIWZ, tj. nie zostało wydane przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA.

Przedłożony przez wykonawcę dokument, w którym nie wskazano jako jednostki badawczej ORLEN Laboratorium Sp. z o.o., został wystawiony przez ORLEN Południe S.A. (wcześniejsza nazwa: Rafineria Trzebinia S.A.), nie posiadający akredytacji przyznanej przez PCA.

W końcowej części świadectwa wprost zastrzeżono, że zostało ono sporządzone „na podstawie Sprawozdania z Badań nr 15010254 ORLEN Laboratorium Sp. z o.o." Z tego wynika, że świadectwo jakości nie zostało sporządzone przez certyfikowane przez PCA ORLEN Laboratorium Sp. z o.o., lecz przez nie posiadający takiej akredytacji podmiot trzeci, rzekomo na podstawie sprawozdania z rzekomych badań wykonanych przez akredytowany podmiot. Odwołujący podkreślił, że postanowienia SIWZ, a także wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane przez zamawiającego w dniu 10 kwietnia 2015 r., jednoznacznie zobowiązywały ORLEN Paliw do przedłożenia dokumentów wydanych przez laboratorium

akredytowane przez PCA, a nie dokumentów wydanych przez nie posiadające takiej akredytacji podmioty trzecie, choćby w treści tych dokumentów zastrzeżono, że zostały one wydane na podstawie dokumentu sporządzonego przez podmiot akredytowany przez PCA (które to zastrzeżenie jest całkowicie nieweryfikowalne w kontekście braku pierwotnego dokumentu).

W ocenie odwołującego, dokument przedłożony przez wykonawcę ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. nie spełnia warunku formalnego określonego w pkt 3.5 Rozdziału VI SIWZ oraz w wezwaniu wystosowanym do wykonawcy.

Odwołujący wskazał orzecznictwo Izby - dokumenty takie jak np. wyniki badań laboratoryjnych stanowią dokumenty potwierdzające spełniane przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tzw. dokumenty przedmiotowe, np. wyroki: z dnia 23 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 690/12;

z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 266/12). Wykaz dokumentów przedmiotowych, jakie powinien przedłożyć wykonawca, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w przypadku ewentualnego nieprzedłożenia przez wykonawcę żądanego dokumentu lub przedłożenia nieprawidłowego dokumentu zamawiający powinien zastosować procedurę wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków określoną w art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania takiego wezwania przez wykonawcę złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. jako oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega także na braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia, np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (KIO w wyrokach np.: z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt KIO 796/14; z dnia 10 marca 2014 r., sygn. akt KIO 370/14, sygn. akt KIO 371/14; z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 279/12; z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 154/12; z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2619/14; z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1803/14; z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt KIO 467/13, A. Bazan, J.E. Nowicki, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", Warszawa 2014, komentarz do art. 24 ustawy PZP, pkt 67).

Biorąc pod uwagę, że w treści wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. zamawiający zastrzegł, iż przedkładane przez wykonawcę ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wezwanie dokumenty powinny być wystawione przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium certyfikowane przez PCA oraz, że wykonawca nie przedłożył dokumentu wydanego przez podmiot posiadający taką akredytację, a zgodnie z przyjmowaną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasadą, zamawiający nie są uprawnieni do

wielokrotnego czy choćby tylko dwukrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia tego samego braku (np. wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2509/11), przyjąć należy, iż zamawiający zobowiązany był, wobec wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp i niezłożenia prawidłowych dokumentów przedmiotowych potwierdzających spełnianie przez oferowane oleje napędowe wymagań określonych przez zamawiającego, do odrzucenia oferty wykonawcy ORLEN Paliwa, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie dokonania tej czynności stanowi naruszenie przez zamawiającego wskazanego przepisu. Naruszenie to miało z istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie, bowiem gdyby ono nie wystąpiło, to oferta złożona przez odwołującego zostałaby, po odrzuceniu oferty wykonawcy ORLEN Paliwa, wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na uzyskanie przez tę ofertę największej liczby punktów według kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (99,99 pkt). W ocenie odwołującego, odwołanie powinno być uwzględnione przez Izbę choćby tylko z tego jednego powodu, niezależnie od oceny wszelkich innych zarzutów zawartych w odwołaniu.

(Konkluzję tej treści odwołujący zamieścił pod uzasadnieniem każdego zarzutu. W streszczeniu odwołania Izba odstąpiła od wielokrotnego przytaczania tego samego opisu).

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że dokumenty przedłożone przez wykonawcę ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. są wadliwe i nie spełniają wymogów określonych w postanowieniach SIWZ oraz w wezwaniu zamawiającego, nie tylko ze względów formalnych, ale i w zakresie treści.

W odniesieniu do kwestii ujętych w pkt 1 i 2 wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. (wynik badań na zawartość estrów metylowych kwasów tłuszczowych (FAME) dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F wymagany w pkt 13 zał. nr 5 do SIWZ oraz wynik badań na stabilność oksydacyjną dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F wymagany w pkt 14 zał. nr 5 do SIWZ) wykonawca ORLEN Paliwa przedstawił świadectwo jakości nr 15BMK/A/77 dot. oleju napędowego o nazwie Ekodiesel Ultra Bio.

Żądanych wyników badań określonych w pkt 1 wezwania zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. dotyczy pkt 22 przedłożonego przez wykonawcę ww. świadectwa jakości, zaś wyników badań określonych w pkt 2 wezwania dotyczy pkt 20 tego świadectwa jakości.

W obydwu tych przypadkach w treści przedłożonego przez wykonawcę świadectwa jakości, w kolumnie *„Wartość oznaczona"* nie została podana żadna konkretna wartość liczbowa, tj. wynik badania, została natomiast jedynie przytoczona określona odpowiednią normą maksymalna wartość danego parametru (wskazana w świadectwie jakości w kolumnie *„Wymagania wg normy"):*

ULTRA BIO
L.p. Oznaczenie wielkości, Jednostka, Wartość oznaczona, Wymagania wg normy
20. Stabilność oksydacyjna, g/m 3 , max 25, max.25
22. Zaw. estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME, %(V/V), max 7, max. 7.0".

Podanie w kolumnie *„Wartość oznaczona"* maksymalnej normatywnej wartości danego parametru zamiast konkretnej wartości liczbowej (czyli po prostu wyniku badania) jednoznacznie wskazuje na to, że żaden z tych parametrów nie był w rzeczywistości w ogóle badany, a jedynie przepisana została maksymalna wartość parametru określona odpowiednią normą. Powyższe wynika nie tylko z porównania treści kolumn *„Wartość oznaczona"* i *„Wymagania wg normy"* świadectwa jakości dotyczącego oleju napędowego Ekodiesel Ultra Bio, ale i z porównania tego świadectwa z drugim przedłożonym przez ORLEN Paliwa w dniu 15 kwietnia 2015 r. świadectwem jakości dotyczącym oleju napędowego arktycznego klasy drugiej, w którym w odniesieniu do tych samych parametrów (zawartość estrów metylowych kwasów tłuszczowych (FAME) oraz (stabilność oksydacyjna) zostały już podane konkretne wartości liczbowe, a więc wyniki badania (pkt 12 i pkt 14 świadectwa jakości dotyczącego oleju napędowego arktycznego klasy drugiej.
ŚWIADECTWO *JAKOŚCI nr 15010254*
Nazwa wyrobu: OLEJ NAPĘDOWY ARKTYCZNY KLASY 2
L.p., Oznaczenie wielkości, Jednostki, Wartość oznaczona, Wymagania wg normy
12. Zawartość estrów kwasów tłuszczowych FAME w średnich *destylatach, % (V/V), „poniżej 0,05", max. 7.00*
14. Stabilność oksydacyjna metodą przyspieszonego utleniania, h, "25.0", min. 20.0."

Powyższe oznacza, że wykonawca ORLEN Paliwa zobowiązany postanowieniami SIWZ oraz treścią wezwania wystosowanego przez zamawiającego do przedłożenia wyników badań dotyczących wskazanych wyżej dwóch parametrów oferowanego oleju napędowego, przedłożył dokument, w którego treści brak jest takich wyników badań, a zamiast nich zostały dwukrotnie podane określone odpowiednią normą maksymalne dopuszczalne wartości tych parametrów.

W ocenie odwołującego, wykonawca ORLEN Paliwa nie wykonał pkt 1 i 2 wezwania zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. i nie przedłożył określonych w SIWZ oraz w wezwaniu wymaganych wyników badań potwierdzających wskazane właściwości produktu oferowanego przez wykonawcę. ORLEN Paliwa nie przedstawił więc wymaganych w treści SIWZ dokumentów przedmiotowych dotyczących jakości oferowanego oleju napędowego, co zobowiązywało zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do kwestii ujętej w pkt 5 wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. (wynik

badania składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340° C dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2 wymagany w pkt 18 zał. nr 6 do SIWZ), wykonawca ORLEN Paliwa przedstawił świadectwo jakości nr 15010254 dot. oleju napędowego arktycznego klasy 2.

Żądanego przez zamawiającego wyniku badania określonego w pkt 5 wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. dotyczy pkt 19 tiret 2 przedłożonego przez wykonawcę świadectwa jakości. W kolumnie *„Wartość oznaczona"* zawarto zwrot *„koniec destylacji 320,00° odd". C,*
„ŚWIADECTWO JAKOŚCI nr 15010254
Nazwa wyrobu OLEJ NAPĘDOWY ARKTYCZNY KLASY 2
L.p., Oznaczenie wielkości, Jednostki, Wartość oznaczona, Wymagania wg normy
19. Skład frakcyjny
- do temperatury 180 o C destyluje, % (V/V), "0,2", max. 10,0
- do temperatury 340'C destyluje, % (V/V), koniec destylacji 320,0° odd, min. 95.0". C,

Zamawiający w pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ wymagał, by wynik badania wynosił *„min. 95",* przy czym chodziło tu o podanie wyniku w procentach *(„Jednostka: % (V/V").* Z treści świadectwa jakości jednoznacznie wynika, że nie zawiera ono wyniku badania (konkretnej danej liczbowej, np. „96,0" czy „98,0" wymaganego przez zamawiającego, a wpisana treść nie odpowiada wymogowi odnośnie podania wyniku badania w określonej

jednostce miary („% V/V”).

Tym samym należy przyjąć, że ORLEN Paliwa nie wykonał pkt 5 wezwania zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. i nie przedstawił określonego w SIWZ oraz w wezwaniu wyniku badania potwierdzającego określoną właściwość produktu oferowanego. ORLEN Paliwa nie przedstawił więc wymaganych w treści SIWZ dokumentów przedmiotowych dotyczących jakości oferowanego oleju napędowego, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konkludując powyższe odwołujący stwierdził, że jedno z dwóch świadectw jakości przedłożonych przez wykonawcę ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 kwietnia 2015 r. nie zostało wydane przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie ani inne laboratorium akredytowane przez PCA, a obydwa te świadectwa nie zawierają wyników trzech badań oleju napędowego, których zamawiający wymagał w treści SIWZ i w wezwaniu wystosowanym do wykonawcy. Przedłożone przez ORLEN Paliwa dokumenty nie spełniają więc warunków formalnych i treściowych określonych w SIWZ i w wezwaniu zamawiającego.

Z uwagi na bezskuteczne zastosowanie przez zamawiającego trybu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp i nie uzupełnienie przez wykonawcę braków w dokumentach przedmiotowych załączonych do oferty, przyjąć należy, że oferta wykonawcy ORLEN Paliwa

powinna zostać odrzucona czego zamawiający zaniechał, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II. Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp.

Kwestii ujętej w pkt 5 wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. dotyczy także czynność zamawiającego, której odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami Pzp, tj. wystosowanie przez zamawiającego do ORLEN Paliwa pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień i potwierdzenia, że oferowany przez wykonawcę olej napędowy Ekodiesel Ultra klasy 2 do temperatury 340° destyluje min. C 95%.

Sam fakt, że w tym samym dniu (15.04.2015 r.) zamawiający otrzymał dokumenty przedłożone przez ORLEN Paliwa w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 10 kwietnia 2015 r. oraz wystosował do tego wykonawcy kolejne wezwanie będące w swej istocie powieleniem jednego z punktów zawartych w pierwotnym wezwaniu, świadczy o niewykonaniu przez ORLEN Paliwa pkt 5 wezwania zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. i nieprzedstawienie żądanego wyniku badania w odpowiedzi na pierwsze wezwanie.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy ORLEN Paliwa do udzielenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowej kwestii, tj. wyniku badania składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze 340° dla oleju napędowego C Ekodiesel Ultra klasy 2 wymaganych w pkt 18 zał. nr 6 do SIWZ. Jak wynika z postanowień SIWZ (pkt 3.5 w Rozdziale VI oraz końcowy fragment załącznika nr 6 do SIWZ), wskazany wynik badania oferowanego przez wykonawcę oleju napędowego powinien zostać potwierdzony dokumentem wydanym przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA. Wykonawca ORLEN Paliwa, podobnie jak ORLEN Południe S.A. (działający wcześniej pod nazwą Rafineria Trzebinia S.A.), nie posiada akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji, co wynika z aktualnej bazy akredytowanych laboratoriów badawczych zawartej na stronie internetowej PCA.

Dowód: *wydruk ze strony internetowej www.pca.gov.pl z dnia 21.04.2015 r. zawierający wykaz laboratoriów badawczych z Grupy ORLEN akredytowanych przez Polskie Centrum Akredytacji.*

Dodatkowo na okoliczność wykazania, że ORLEN Paliwa nie posiada stosownej akredytacji PCA, odwołujący wniósł o zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia wydanego przez Polskie Centrum Akredytacji na rzecz ORLEN Paliwa ważnego certyfikatu akredytacji laboratorium badawczego wraz z zakresem akredytacji tego laboratorium badawczego, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów. Chociaż zdaniem odwołującego niewskazanie ORLEN Paliwa jako akredytowanego na stronie internetowej PCA jednoznacznie świadczy o tym, że wskazana spółka stosownej akredytacji nie posiada,

to nieprzedłożenie przez ORLEN Paliwa żądanych dokumentów stanowić będzie definitywne

i niepodważalne potwierdzenie wskazywanej okoliczności.

W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że jeśli zamawiający na potwierdzenie określonej okoliczności (wyniku określonego badania) wymaga w treści SIWZ przedłożenia przez wykonawcę dokumentu wydanego przez akredytowany podmiot, to nie może zastępować jakichkolwiek braków w tym zakresie wyjaśnieniami złożonymi przez samego wykonawcę, który takowej akredytacji nie posiada. Dopuszczenie takiej możliwości podważałoby całkowicie sens żądania dokumentów wydanych przez akredytowany podmiot, czyniłoby ten wymóg SIWZ całkowicie iluzorycznym i pozornym. Zamawiający nie był więc uprawniony do uzupełnienia tego braku wyjaśnieniami uzyskiwanymi od wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Przedkładane przez wykonawcę wyniki badań wydane przez akredytowany podmiot powinny w jednoznaczny, niepodważalny i niebudzący wątpliwości sposób potwierdzać spełnianie przez oferowany produkt wymagań określonych w SIWZ. Takiego dokumentu wykonawca ORLEN Paliwa nie przedłożył. Złożone przez tego wykonawcę w dniu 15 kwietnia 2015 r. świadectwo jakości nr 15010254 dot. oleju napędowego arktycznego klasy 2 nie tylko nie zostało wydane przez podmiot akredytowany przez PCA, ale i nie zawierało w ogóle wyniku badania wymaganego w pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ oraz w pkt 5 wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. Kolejne wezwanie pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. stanowi więc w swej istocie niedopuszczalne przepisami Pzp powtórne wezwanie tego wykonawcy, po wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2015 r., do uzupełnienia tego samego braku w złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą sprawozdań z badań dotyczących oleju napędowego oferowanego przez ORLEN Paliwa. Punkt 5 wezwania z dnia 10 kwietnia 2015 r. oraz drugie wezwanie z dnia 15 kwietnia 2015 r. dotyczą jednej i tej samej kwestii - jaki jest wynik badania wydajności składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340° C dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2. Zamawiający dwukrotnie zapytał więc wykonawcę o tę samą okoliczność, nadając drugiemu wezwaniu jedynie pozór wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W istocie rzeczy, zamawiający dwukrotnie zapytał wykonawcę o to, jaki jest wynik badania.

Dokonując wezwania z dnia 15 kwietnia 2015 r. w zakresie zapytania o wynik badania zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, a naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem gdyby ono nie wystąpiło, to oferta odwołującego zostałaby, po odrzuceniu oferty wykonawcy ORLEN Paliwa, wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

III. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia ORLEN Paliwa z postępowania oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania

przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym.

W wykonawca ORLEN Paliwa powinien zostać wykluczony z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

W pkt 1.3 Rozdziału V SIWZ (str. 4 SIWZ) zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i którzy wykażą, że dysponują niezbędnymi do wykonania zamówienia urządzeniami przez złożenie oświadczenia według wzoru zawartego w załączniku nr 8 do SIWZ. W załączniku tym zamawiający określił, że wykonawca powinien wskazać urządzenia, które będą wykorzystywane w celu realizacji trzech wymagań zamawiającego, przy czym dla odwołania istotne znaczenie mają wymagania określone w pkt 1 i 3 załącznika nr 8 do SIWZ.

W pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający określił, że wykonawca powinien dysponować minimum 5 - dniowym zapasem oleju napędowego (minimum 180 m^3) zgromadzonym w bazie magazynowej składającej się ze zbiorników stałych przeznaczonych wyłącznie do dystrybucji hurtowej paliw. W przedłożonym przez siebie wraz z ofertą wykazie niezbędnych do wykonania umowy urządzeń wykonawca ORLEN Paliwa Sp. z o.o. wskazał, że dysponuje bazą magazynową w Sławnie o łącznej pojemności zbiorników 950,00 m^3 (19 szt. x 50,00 m^3).

W ocenie odwołującego, wykonawca ORLEN Paliwa nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Jak wynika z informacji posiadanych przez odwołującego od różnych podmiotów funkcjonujących na rynku paliwowym, baza magazynowa w Sławnie wskazana przez

ORLEN Paliwa w załączonym do oferty wykazie urządzeń jest już od wielu miesięcy trwale zamknięta i nie są w niej magazynowane ani z niej wydawane jakimkolwiek klientom żadne paliwa. Informacja o zakończeniu prowadzenia działalności operacyjnej na terminalu paliw w Sławnie została także pisemnie przekazana przez ORLEN Paliwa klientom tej spółki. W piśmie z dnia 16 czerwca 2014 r. ORLEN Paliwa poinformował klientów, że *„ze względu na konieczność optymalizacji liczby baz magazynowych, Terminal Paliw w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 od dnia 24 czerwca 2014 r. zostanie na stałe wyłączony z użytkowania.” „Niniejszym pragniemy poinformować, że ze względu na konieczność optymalizacji liczby baz magazynowych, Terminal Paliw w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 od dnia 24 czerwca 2014 zostanie na stałe wyłączony z użytkowania. Prosimy zatem o przekierowanie odbiorów nabywanych przez Państwa paliw na najbliższe bazy PKN ORLEN S.A. w Gdańsku i Szczecinie oraz ORLEN S.A. w Nowej Wsi Wielkiej.”*

Dowód: *pismo ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 16.06.2014 r. dot. zakończenia*

działalności operacyjnej na Terminalu Paliw w Sławnie z dniem 24.06.2014 r.

Z pisma wynika, że od czerwca 2014 r. w bazie magazynowej w Sławnie nie są już magazynowane ani z niej wydawane klientom jakiekolwiek paliwa, a klienci mają odbierać produkty z innych baz magazynowych Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A. Fakt zamknięcia bazy magazynowej w Sławnie potwierdza także strona internetowa wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z wykazem baz paliw, na którym nie ma bazy magazynowej w Sławnie, jak również zdjęcie z dnia 23 kwietnia 2015 r. przedstawiające zamkniętą bramę wjazdową na teren przedmiotowej bazy. Według informacji posiadanych przez odwołującego od różnych podmiotów funkcjonujących na rynku paliwowym planowane jest dokonanie sprzedaży bazy magazynowej w Sławnie.

Dowody: *1. wydruk ze strony internetowej ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 17.04.2015 r. z wykazem baz paliw, 2. zdjęcie zamkniętej bramy wjazdowej na teren bazy magazynowej w Sławnie z dnia 23.04.2015 r.*

Chociaż w ocenie odwołującego treść pisma ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 16 czerwca 2014 r., strona internetowa wykonawcy z wykazem baz paliw oraz zdjęcie jednoznacznie potwierdzają, że w bazie magazynowej w Sławnie od wielu miesięcy nie jest już prowadzona jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania jakichkolwiek paliw, to z ostrożności odwołując dodatkowo wniósł o zobowiązanie ORLEN Paliwa do przedłożenia na powyższą okoliczność raportów ze stanów magazynowych zbiorników paliwowych z olejem napędowym znajdujących się na terenie bazy magazynowej w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 (19 zbiorników o pojemności 50,00 m^3 każdy) za okres od dnia 01.01.2015 r. do dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 02.04.2015 r.

W ocenie odwołującego w świetle treści pisma ORLEN Paliwa z dnia 16 czerwca 2014 r., strony internetowej wykonawcy z wykazem baz paliw i ww. zdjęcia oraz w świetle treści dokumentów, jakie zostaną przedłożone przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, nie ulega wątpliwości, że ORLEN Paliwa nie wykazał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia. Jeśli na terenie wskazanej bazy magazynowej w Sławnie od wielu miesięcy nie jest już prowadzona jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania jakichkolwiek paliw, to oczywistym jest, że baza magazynowa nie może być w żaden sposób wykorzystywana przez ORLEN Paliwa w ramach wykonywania umów zawartych w konsekwencji rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, że w tej bazie nie może być magazynowany wymagany przez zamawiającego odpowiedni zapas oleju napędowego. Powyższa okoliczność wynika przede wszystkim z pisma samego wykonawcy ORLEN Paliwa z dnia 16 czerwca 2014 r. o zamknięciu bazy.

Z uwagi na niewykazanie przez ORLEN Paliwa dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia i wymaganym w treści SIWZ, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, a oferta wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp i odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp.

Dodatkowo z ostrożności odwołujący podniósł, że podanie przez wykonawcę ORLEN

Paliwa, że do realizacji umów w sprawie zamówienia będzie wykorzystywana baza magazynowa w Sławnie, która jest już od wielu miesięcy na stałe wyłączona z użytkowania i zamknięta, może i powinno zostać uznane przez zamawiającego złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nieprawdziwe informacje to takie informacje, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym. Jeśli wykonawca podaje, że podczas wykonywania umów w sprawie zamówienia będzie wykorzystywał bazę magazynową w Sławnie, która to baza jest już od wielu miesięcy na stałe zamknięta, to złożona przez wykonawcę informacja nie odpowiada istniejącemu stanowi rzeczywistemu, jest z tym stanem rażąco sprzeczna. Nie sposób przy tym uznać, że wskazanie tej bazy magazynowej było efektem jakiejkolwiek omyłki bądź niedbalstwa wykonawcy czy też przypadku, skoro upłynął tak długi okres pomiędzy terminem zamknięcia bazy (czerwiec 2014 r.) a terminem składania ofert w postępowaniu (kwiecień 2015 r., ponad 9 miesięcy). Złożenie tej nieprawdziwej informacji miało ewidentny wpływ na wynik postępowania, bowiem świadczyło o wykazaniu przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Konsekwencją złożenia nieprawdziwej informacji powinno być wykluczenie ORLEN Paliwa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zaniechanie dokonania tych czynności stanowi naruszenie wskazanych przepisów mające istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Odwołujący podkreślił także, że w tym przypadku zamawiający nie mógł zastosować trybu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał orzecznictwo Izby - wyroki: z dnia 22 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2567/14; z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2419/14; z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1414/11; z dnia 12 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1223/09), złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, że ma się do

czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, który można sanować. W zaistniałej sytuacji wykonawca ORLEN Paliwa powinien więc zostać wykluczony z postępowania bez wzywania do uzupełnienia braków.

W dalszej kolejności, odwołujący podniósł, że wykonawca ORLEN Paliwa nie wykazał dysponowania wymaganym odpowiednim zapasem oleju napędowego także z innych przyczyn. W załączonym do oferty wykazie urządzeń ORLEN Paliwa nie wyjaśnił charakteru prawnego dysponowania przez siebie wskazaną bazą magazynową w Sławnie. W piśmie z dnia 16 kwietnia 2015 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2015 r. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, ORLEN Paliwa wskazał, że jest właścicielem tej bazy magazynowej, tj. właścicielem nieruchomości, na których została posadowiona baza. W ocenie odwołującego wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę ORLEN Paliwa nie rozwiązują problemu dysponowania przez tego wykonawcę olejem napędowym magazynowanym w tej bazie (oczywiście w rzeczywistości żadne paliwo nie jest obecnie przechowywane w tej bazie wobec jej zamknięcia). Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że dysponentem wszystkich paliw zgromadzonych w bazach magazynowych funkcjonujących w ramach Grupy ORLEN jest spółka - matka Grupy, czyli Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. Informacje posiadane przez odwołującego potwierdza przywołane wyżej zdjęcie zamkniętej bramy wjazdowej na teren tej bazy. Z tablicy informacyjnej umieszczonej na bramie wynika, że baza paliwowa w Sławnie jest bazą Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A., a nie bazą ORLEN Paliwa Sp. z o.o.

Dowód: *zdjęcie zamkniętej bramy wjazdowej na teren bazy magazynowej w Sławnie z dnia 23.04.2015 r.*

Dodatkowo w celu wykazania powyższej okoliczności, odwołujący wniósł o zobowiązanie wykonawcy ORLEN Paliwa do przedłożenia raportów ze stanów magazynowych zbiorników paliwowych z olejem napędowym znajdujących się na terenie bazy magazynowej w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 (19 zbiorników o pojemności 50,00 m^3 każdy) za okres od dnia 01.01.2015 r. do dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu, tj. do dnia 02.04.2015 r. Z raportów tych będzie wynikać nie tylko to, jakie

są stany magazynowe tych zbiorników, ale także i to, kto jest dysponentem magazynowanego w tej bazie paliwa; w przekonaniu odwołującego będzie to Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A.

W ocenie odwołującego z powyższych dowodów wynika, że wykonawca ORLEN Paliwa nie jest dysponentem paliwa magazynowanego w bazie magazynowej w Sławnie, pomimo tego, że wykonawca jest właścicielem nieruchomości, na której ta baza została posadowiona. Dysponentem paliwa magazynowanego w tej bazie jest Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. W tych okolicznościach przyjąć należy, że wykonawca nie wykazał

dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci odpowiedniego zapasu oleju napędowego przechowywanego w bazie magazynowej spełniającej wymogi SIWZ, w związku z czym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a oferta tego wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W dalszej kolejności z ostrożności odwołujący podniósł, że zamawiający dokonując oceny złożonego przez wykonawcę ORLEN Paliwa oświadczenia odnośnie dysponowania przez tego wykonawcę bazą magazynową w Sławnie, powinien był wezwać tego wykonawcę nie tyle do potwierdzenia, że przedmiotowa baza jest własnością wykonawcy, ile do wyjaśnienia, jaki podmiot i na jakich zasadach jest dysponentem paliwa magazynowanego i wydawanego z tej bazy klientom oraz do ewentualnego przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia i przez cały okres wykonywania tego zamówienia zapasu oleju napędowego w ilości określonej przez zamawiającego w pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ przechowywanego w bazie magazynowej wskazanej przez wykonawcę.

Zaniechanie takiego wezwania uznać należy za naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem, w przypadku ewentualnego niewyjaśnienia przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. tej okoliczności lub nieprzedłożenia przez tego wykonawcę oświadczenia Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A., złożonego w oparciu o art. 26 ust. 2b Pzp, o oddaniu paliwa magazynowanego w bazie magazynowej w Sławnie wykonawcy do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia, ORLEN Paliwa Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a oferta złożona przez tego wykonawcę uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uzasadniając kolejny zarzut odwołania odwołujący wskazał, że w pkt 3 załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający określił, że wykonawca winien zabezpieczyć awaryjną dystrybucję minimum 18 m^3 oleju napędowego dziennie z urządzeń i zbiorników wyposażonych w odmierzacze przepływu paliwa, posiadające aktualną legalizację, umożliwiające zatankowanie 160 pojazdów po 0,15 m^3 w czasie 8 godzin w wyznaczonej bazie MPK Poznań Sp. z o.o. i PKS Poznań S.A., przy czym tankowanie jednego pojazdu nie może trwać dłużej niż 4 minuty. W odniesieniu do tego wymogu wykonawca ORLEN Paliwa Sp. z o.o. zadeklarował w załączonym przez siebie do oferty wykazie urządzeń dysponowanie następującymi urządzeniami:
a) ciągnikiem wraz naczepą o pojemności 31 000 litrów i wydajności pompy 600 litrów/min.,
b) ciągnikiem wraz naczepą o pojemności 32 000 litrów i wydajności pompy 800 litrów/min.,
c) autocysterną o pojemności 18 000 litrów i wydajności pompy 600 litrów/min.

W ocenie odwołującego, zaoferowane przez ORLEN Paliwa wskazane pojazdy nie spełniają wymogu zamawiającego określonego w pkt 3 załącznika nr 8 do SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, że pojazdy służące do transportu paliw wyposażone są w pompy i instalacje pomiarowe umożliwiające wypompowywanie paliwa ze zbiorników pojazdów i wydawanie go klientom w ściśle określonej ilości. Instalacje pomiarowe montowane na pojazdach cechują się określonymi parametrami technicznymi, przy czym najistotniejszymi parametrami z punktu widzenia wymagań zamawiającego sformułowanych w pkt 3 załącznika nr 8 do SIWZ są: minimalna ilość paliwa, jaka jednorazowo może być wydana z danego pojazdu przy wykorzystaniu danej instalacji pomiarowej, oraz maksymalna ilość paliwa, jaka może być wydana z danego pojazdu w ciągu 1 minuty przy wykorzystaniu danej instalacji pomiarowej. Producenci instalacji pomiarowych do pojazdów transportujących paliwo

oczywiście oferują urządzenia o różnych parametrach technicznych.

Instalacjami pomiarowymi stosowanymi najczęściej na polskim rynku paliwowym są instalacje produkowane przez renomowaną niemiecką firmę Alfons Haar Maschinenbau GbmH & Co. z siedzibą w Hamburgu. Jak wynika z Certyfikatu badania typu WE wystawionego dla firmy Alfons Haar przez niemiecki Federalny Zakład ds. Badań Fizyczno - Technicznych (PTB), przy użyciu wskazanych w Certyfikacie instalacji pomiarowych możliwe jest jednorazowe wydanie paliwa w minimalnej ilości wynoszącej 300 litrów przy pełnym wężu oraz 1000 litrów przy pustym wężu, zaś zakres pomiaru (wydajność pompy) wynosi od 133 litrów/minutę do 1(litrów/minutę (pkt 2.1.2 i 2.1.3, str. 9 Certyfikatu):
“2.1.2 Wariant PreciTURBO C 1000
2.1.3 Wariant PreciPURE C 1350.”

Dowód: *Certyfikat badania typu WE wystawiony przez Federalny Zakład ds. Badań Fizyczno - Technicznych (PTB) dla spółki Alfons Haar Maschinenbau GmbH & Co.*

Wykonawca ORLEN Paliwa Sp. z o.o. nie wskazał w pkt 3 przedłożonego przez siebie wykazu urządzeń konkretnych rodzajów (modeli) instalacji pomiarowych, jakie zainstalowane są na pojazdach zaoferowanych przez tego wykonawcę do wykonywania awaryjnej dystrybucji paliwa, ani też minimalnych ilości paliwa, jakie może być jednorazowo wydane przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych. Wykonawca podał jedynie wydajność pomp, przy czym nie określił jej widełkowo (zakres od x litrów/min. do x litrów/min.), natomiast podał konkretną wydajność w odniesieniu do każdego z trzech zaoferowanych pojazdów (600 litrów/minutę, 800 litrów/minutę i 600 litrów/minutę).

W związku z tym odwołujący wniósł o zobowiązanie ORLEN Paliwa Sp. z o.o. do przedłożenia wydanych przez polskie organy administracji miar ważnych świadectw legalizacji ponownej instalacji pomiarowych do paliw ciekłych zainstalowanych na wszystkich pojazdach o numerach rejestracyjnych wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp.

---

z o.o. w przedłożonym wraz z ofertą wykazie niezbędnych do wykonania umowy urządzeń oraz do przedłożenia deklaracji zgodności, certyfikatów i dokumentacji technicznej wszystkich tych instalacji pomiarowych.

Świadectwa legalizacji ponownej są dokumentami wydawanymi przez właściwe organy administracji miar uprawniającymi do korzystania z instalacji pomiarowych, odwołujący nie kwestionuje tego, że zaoferowane przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. urządzenia nie posiadają legalizacji i nie na tę okoliczność wskazane dowody winny być przeprowadzone. Z punktu widzenia postępowania najistotniejsze jest to, że w świadectwach legalizacji przedłożonych przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. będzie określone, jaki rodzaj (model) instalacji pomiarowej został zainstalowany na pojazdach o numerach rejestracyjnych wskazanych w złożonym przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. wykazie urządzeń. Z kolei z przedłożonych przez tego wykonawcę deklaracji zgodności, certyfikatów i dokumentacji technicznej instalacji pomiarowych zamontowanych na tych pojazdach będzie przede wszystkim wynikać, jaka minimalna ilość produktu może być jednorazowo wydana z poszczególnych pojazdów przy użyciu danych instalacji pomiarowych. Najprawdopodobniej będą to instalacje pomiarowe wyprodukowane przez firmę Alfons Haar o parametrach analogicznych do parametrów zawartych w załączonym do odwołania Certyfikacie badania typu WE, a zatem instalacje pomiarowe umożliwiające wydanie paliwa w jednorazowej minimalnej ilości wynoszącej 300 litrów przy pełnym wężu lub 1000 litrów przy pustym wężu.

Jeśli w pkt 3 załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania urządzeń umożliwiających zatankowanie każdego z pojazdów zamawiającego paliwem w ilości wynoszącej 0,15 m^3, czyli 150 litrów, a zaoferowane przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. pojazdy wyposażone są w instalacje pomiarowe umożliwiające zatankowanie co najmniej 300 litrów lub 1000 litrów paliwa, to oczywiście oznacza to, że zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenia nie spełniają wymogu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Awaryjne zatankowanie pojazdów paliwem w ilości po 150 litrów do każdego pojazdu przy użyciu urządzeń zaoferowanych przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. nie będzie technicznie ani możliwe, ani bezpieczne. Nie sposób przy użyciu urządzenia wydającego jednorazowo co najmniej 300 litrów lub 1000 litrów paliwa zatankować do pojazdu paliwa w ilości wynoszącej 150 litrów, a więc ilości od 2 do 6 razy mniejszej od możliwości technicznych tych urządzeń. Podjęcie próby takiej operacji groziłoby rozlaniem paliwa wokół pojazdów oraz stworzeniem poważnego niebezpieczeństwa i pożarowego.

Istotny jest zwłaszcza parametr określający możliwości tankowania przy pustym wężu (wydatek paliwa min. 1000 litrów), bowiem podczas tankowania pierwszych kilku pojazdów zamawiającego wąż służący tankowaniu nie będzie jeszcze wypełniony paliwem.

Przeprowadzana operacja tankowania w początkowej fazie polegać będzie zatem na zatankowaniu 150 litrów paliwa przy użyciu urządzenia wydającego minimum 1000 litrów paliwa. Dokonanie takiej operacji będzie po prostu niemożliwe.

Instalacje pomiarowe montowane na pojazdach służących transportowi paliw nie są więc przeznaczone do tankowania mających stosunkowo niewielką pojemność zbiorników pojazdów samochodowych, lecz do napełniania o wiele większych zbiorników paliwowych, np. zbiorników na stacjach paliw, stąd tak duża minimalna ilość paliwa, jaka może być jednorazowo wydatkowania przy użyciu tego rodzaju instalacji pomiarowych. Do tankowania pojazdów samochodowych przeznaczone są np. instalacje pomiarowe montowane na stacjach paliw, posiadające zupełnie inne parametry techniczne niż instalacje pomiarowe umieszczane na pojazdach transportujących paliwo. Jak wynika z Instrukcji Użytkownika dystrybutora Global Star V, typowego dystrybutora instalowanego na stacjach paliw, urządzenie to umożliwia wydawanie paliwa w ilości od 35 do 130 litrów/minutę (pkt 14.1.7, str. 24 Instrukcji Użytkownika).

„14.1.7 Wydatek
35-130 litrów/minutę, w zależności od modelu, wymiarów połączeń, długości rurociągowi wysokości ssania."

Dowód: *Instrukcja Użytkownika dystrybutora Global Star V.*

Jak zaznaczono wyżej, typowe instalacje pomiarowe montowane na pojazdach transportujących paliwa dysponują wydajnością rzędu 133-1000 litrów/minutę. Są to więc wydajności całkowicie nieporównywalne. Z kolei urządzenia zaoferowane przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. posiadają ściśle określoną wydajność instalacji pomiarowych - 600 litrów/minutę oraz 800 litrów/minutę. Przede wszystkim jednak instalacje pomiarowe montowane na stacjach paliw, w przeciwieństwie do instalacji umieszczanych na pojazdach transportujących paliwo, nie uniemożliwiają zatankowania do samochodu paliwa w ilości mniejszej niż 300 litrów lub 1000 litrów, o czym wie każdy użytkownik samochodu, a także co najmniej znaczna większość osób, które z samochodów nie korzystają.

Chociaż w ocenie odwołującego z ww. dokumentów oraz z dokumentów, jakie przedłoży wykonawca ORLEN Paliwa, będzie wynikać, że zaoferowane urządzenia nie spełniają wymogów określonych w załączniku nr 8 do SIWZ i nie umożliwiają zatankowania do każdego pojazdu zamawiającego paliwa w ściśle określonej ilości 150 litrów, to jednak mając na uwadze, iż ocena tej dokumentacji może wymagać posiadania pewnych wiadomości specjalnych, odwołujący z ostrożności wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych sądowych z zakresu motoryzacji, mechaniki samochodowej oraz eksploatacji maszyn i urządzeń na okoliczność ustalenia, czy technicznie możliwe i bezpieczne jest zatankowanie pojazdu olejem napędowym w ilości 0,15 m^3 przy

wykorzystaniu urządzeń o parametrach technicznych zaoferowanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa w wykazie urządzeń załączonym do oferty.

Zdaniem odwołującego ze wszystkich ww. dowodów wynika, że pojazdy zaoferowane przez ORLEN Paliwa nie spełniają wymogów w zakresie zabezpieczenia awaryjnej dystrybucji paliw określonych w załączniku nr 8 do SIWZ, a w konsekwencji, że wskazany wykonawca nie wykazał spełniania tego warunku udziału w postępowaniu zawartego w SIWZ, nie wykazał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w związku z czym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a złożona przez tego wykonawcę oferta winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy.

Dodatkowo z ostrożności odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia przedstawionych powyżej okoliczności dotyczących pojazdów i instalacji pomiarowych zaoferowanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa w celu zabezpieczenia wymaganej awaryjnej dystrybucji paliwa. Zamawiający powinien wyjaśnić wskazane wyżej okoliczności przed wyborem oferty ORLEN Paliwa. Dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy przed wyjaśnieniem powyższych okoliczności było co najmniej

przedwczesne (zdaniem odwołującego byt to jednak przede wszystkim wybór błędny, bowiem ORLEN Paliwa nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym). Wskazane zaniechanie miało wpływ na wynik postępowania skutkujący błędnym wyborem oferty ORLEN Paliwa jako oferty najkorzystniejszej.

IV. Pozostałe zarzuty i uwagi końcowe

Wszystkie wskazane niezgodne z przepisami Pzp czynności i zaniechania zamawiającego skutkowały naruszeniem także art. 91 ust. 1 Pzp przez błędne wybranie oferty złożonej przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Dopuszczając się wszystkich naruszeń Pzp, zamawiający naruszył także wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji zdaniem odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza powinna uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez ORLEN Paliwa jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. lub wykluczenie ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z postępowania oraz uznanie oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą i odrzucenie tej oferty, ewentualnie nakazać zamawiającemu wezwania ORLEN Paliwa Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym. Izba powinna również nakazać zamawiającemu dokonane wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, jak

---

również zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania.

Odwołujący ponadto wskazał, że wszystkie dokumenty, które winien złożyć wykonawca ORLEN Paliwa w odpowiedzi na wystosowane przez Krajową Izbę Odwoławczą wezwanie, o które wnioskuje odwołujący, powinny być doręczone Izbie oraz odwołującemu nie później niż na 3 dni przed terminem rozprawy wyznaczonej w sprawie w celu umożliwienia Izbie oraz odwołującemu uważnego i dokładnego przeanalizowania treści tych dokumentów oraz przygotowania się do rozprawy, co zapewni sprawne jej przeprowadzenie. Ewentualne nieprzedłożenie przez ORLEN Paliwa któregokolwiek z tych dokumentów w zakreślonym terminie powinno zostać oczywiście poczytane przez Izbę na niekorzyść tego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł jak na wstępie.

Załączniki: (…) *5. wydruk ze strony internetowej www.pcagov.pl z dnia 21.04.2015 r. zawierający wykaz laboratoriów badawczych z Grupy ORLEN akredytowanych przez Polskie Centrum Akredytacji; 6. pismo ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 16.06.2014 r. dot. zakończenia działalności operacyjnej na Terminalu Paliw w Sławnie z dniem 24.06.2014 r.; 7. wydruk ze strony internetowej ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z dnia 17.04.2015 r. z wykazem baz paliw; 8. zdjęcie zamkniętej bramy wjazdowej na teren bazy magazynowej w Sławnie z dnia 23.04.2015 r.; 9. Certyfikat badania typu WE wystawiony przez Federalny Zakład ds. Badań Fizyczno-Technicznych (PTB) dla spółki Alfons Haar Maschinenbau GmbH & Co.; 10. Instrukcja Użytkownika dystrybutora Global Star V.*

II. Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

III. Wykonawca ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - wniósł w pisemnym zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania, podnosząc w uzasadnieniu pisma, co następuje.

I. Zarzuty dotyczące rzekomych nieprawidłowości w złożonych przez przystępującego świadectwach jakości.

Załączone do oferty sprawozdania z badań wydane przez ORLEN Laboratorium sp. z o.o., jako jednostkę certyfikowaną o nr akredytacji PCA AB 484, potwierdzają wymagania jakościowe oferowanych olejów napędowych zgodnie z SIWZ. Przedstawione przez przystępującego informacje są formalnie prawidłowe i potwierdzają parametry oferowanego paliwa. Ponadto udzielone na wezwanie zamawiającego z 10 kwietnia 2015 r. dodatkowe informacje zostały sporządzone na podstawie badań wykonanych przez ORLEN Laboratorium sp. z o.o. posiadającą certyfikat akredytacji od PCA.

Reasumując, załączone do oferty sprawozdania z badań próbek olejów napędowych potwierdzają spełnianie wymagań jakościowych określonych wg normy PN-EN 590:2013-12 oraz RMG z dn. 9-12-2008 roku (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 1058) zgodnie z załącznikami 5 i 6 do SIWZ i tak naprawdę nie wymagały wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia treści złożonej oferty przez ORLEN Paliwa Sp. z o.o. co do żądanych parametrów zgodnie z wezwaniem.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w sprawie braku ww. parametrów zostały przekazane dodatkowe dokumenty, celem potwierdzenia parametrów jakościowych (m.in. świadectwo jakości nr 15BMK/A/77 - Terminal Paliw w Mościskach, świadectwo jakości nr 15010254 - ORLEN Południe Trzebinia), aby przedstawić, że w innych próbkach z zawartością estrów pow. 2% jest możliwość oznaczenia przedmiotowych parametrów. Świadectwa są wydrukowane na papierze firmowym danego terminala paliw, jednakże badania są wykonane przez jednostkę certyfikującą ORLEN Laboratorium Sp. z o.o. - PCA AB 484. Dodatkowo załączono certyfikat akredytacji oraz oświadczenie producenta PKN ORLEN S.A. o jakości paliw gwarantującego spełnienie wymaganych parametrów jakościowych.

W związku z powyższym bezzasadnym wydaje się zarzut odwołującego, który wskazał na wykonawcę badań podmioty trzecie, które nie posiadają certyfikatu akredytacji, ponieważ zgodnie z powyższym badania zostały wykonane w akredytowanym przez PCA laboratorium.

II. Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 pkt 4 Pzp. Nietrafny jest podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia oferty (w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a więc w trybie wezwania o uzupełnienie braków formalnych oferty), co przystępujący uczynił przesyłając zamawiającemu pismo z dnia 14 kwietnia 2015 r. i załączając do niego certyfikat akredytacji dla Orlen Laboratorium sp. o.o., świadectwo jakości nr 15BMK/A/77, świadectwo jakości nr 15010254 oraz oświadczenie producenta o jakości paliw.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. zamawiający (w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a więc w trybie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów) wezwał zamawiającego do potwierdzenia, że ON do temp. 340° destyluje min. 95%. C Powyższe wynikało z tego, że w świadectwie jakości nr załączonym do pisma z 14 kwietnia 2015 r. (pozycja 5) zawarta została informacja, że ON do temp. 350° destyluje 94%. C Zamawiający oczekiwali informacji o tym, że ON destyluje do temp. 340° min. 95%, a więc C oczekiwali od przystępującego nie podania po raz kolejny tej samej informacji, ale wyłącznie

dokonania jej interpretacji w związku z dokumentem złożonym 14 kwietnia 2015 r. Dane, których potwierdzenia domagał się zamawiający (ON destyluje do temp. 340° min. 95%) są C bowiem pochodną przekazanego przez przystępującego wyniku (ON destyluje do temp. 350° min. 94%). C

A zatem owo drugie wezwanie zamawiającego nie było wezwaniem o podanie tej samej informacji, a jedynie wezwaniem do złożenia wyjaśnienia, które przystępujący złożył na podstawie i w odniesieniu do uprzednio złożonego dokumentu. Nie stanowiło ono zatem naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

III. Zarzuty dotyczące zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym.

a. Baza paliw w Sławnie.

W zakresie podniesionych przez odwołującego zarzutów dotyczących do niedysponowania przez przystępującego potencjałem technicznym niezbędnym wykonania umowy w części dotyczącej bazy paliw wykonawca wskazał, co następuje. Na formularzu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ przystępujący wskazał bazę magazynową Sławnie jako magazyn, w którym w okresie obowiązywania umowy będzie posiadał wymagany przez zamawiających zapas oleju napędowego. Powyższe wskazanie zostało zakwestionowane przez odwołującego. Zarzuty odwołującego są jednak pozbawione podstaw. Przystępujący przyznaje, że baza magazynowa w Sławnie została wyłączona z używania, ale wyłącznie jaka baza dla klientów spółki, z której klienci przystępującego odbierali zakupywane paliwa. Natomiast cała infrastruktura stacji jest sprawna, posiada

przewidziane prawem dopuszczenia do stosowania i w zamiarze przystępującego miała być w części wykorzystywana jaka baza magazynowa na potrzeby realizacji umowy z zamawiającymi.

Na dowód powyższego przystępujący złożył i wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów: decyzji i protokołów Urzędu Dozoru Technicznego zbiornika bezciśnieniowego nr: 305/1978, 306/1978, 307/1978, 308/1978, 309/1978 - na okoliczność sprawności technicznej zbiorników w bazie magazynowej w Sławnie.

Powyższe zbiorniki zostały przez przystępującego przeznaczone do magazynowania oleju napędowego na potrzeby realizacji umowy z zamawiającymi.

Z przedstawionej dokumentacji wynika ponad wszelką wątpliwość, że stan techniczny bazy w Sławnie pozwala na wykorzystanie jej do celów umowy z zamawiającym, a do uzyskania tego celu wystarczającym jest zmagazynowanie w zbiornikach bazy wymaganej przez zamawiających ilości paliwa, co miało być przez przystępującego wykonane niezwłocznie po zawarciu z zamawiającym umowy. Na marginesie wykonawca zauważył, że warunki przetargu nie wymagały, aby w posiadanych magazynach paliwo zmagazynowane

---

było już w chwili składania oferty w toku postępowania przetargowego. Do prawdziwości oświadczenia złożonego przez przystępującego koniecznym i wystarczającym jest, aby paliwo zmagazynowane zostało (w ilości żądanej przez zamawiającego) w okresie obowiązywania umowy.

Nieruchomość, na której położna jest baza w Sławnie stanowi własność przystępującego, co wykazano złożonymi zamawiającym dokumentami (pismo z dnia 15 kwietnia 2015 r.).

b. Zabezpieczenie awaryjnej dystrybucji oleju napędowego.

Nietrafne są także zarzuty odwołującego dotyczące niewykazania przez przystępującego posiadania infrastruktury technicznej na wypadek awaryjnej dystrybucji paliwa. Na formularzu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ przystępujący wskazał 3 zestawy pojazdów (ciągniki i naczepa) za pomocą, których dokona takiej awaryjnej dostawy paliwa.

Zastosowana przez zamawiającego formuła tabeli nie pozwalała do zamieszczenie czy wręcz wyliczenie całego sprzętu, jaki zostanie użyty do ewentualnej awaryjnej dostawy paliwa. Każdy ze wskazanych przez przystępującego zestawów będzie używany wyłącznie do dowozu paliwa do zamawiającego, natomiast awaryjna dystrybucja paliwa dokonywania będzie za pośrednictwem dwóch urządzeń wydających marki Flow Technics model APPC 350/500, które pozwala na rozładunek paliwa w czasie i ilościach pożądanych przez zamawiającego, a które to urządzenia są zainstalowane na pojazdach przystępującego - pojeździe marki Renault nr rej. WP57364 oraz pojeździe marki Mercedes nr rej. WP14649. W załączeniu wykonawca złożył świadectwa Legalizacji Ponownej z 23.02.2015 r. oraz 30.09.2014 r. i wniósł o przeprowadzenie dowodu z powyższych dokumentów na okoliczność posiadania przez przystępującego urządzeń niezbędnych do wykonania awaryjnego rozładunku paliwa.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności wykonawca wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i winno zostać oddalone.

Załączniki: (…)

decyzje i protokoły Urzędu Dozoru Technicznego zbiornika bezciśnieniowego nr: 305/1978, 306/1978, 307/1978, 308/1978, 309/1978;

świadectwa *legalizacji Ponownej z 23.02.2015 r. i z 30.09.2014 r.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym - z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, dopuszczonych do tych czynności - poprzedzającym skierowanie odwołania

---

do rozpoznania na rozprawie, Izba uznała, że wykonawca ORLEN Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, wobec spełnienia wymagań ustawowych skutecznego przystąpienia - zgłoszenie doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej, zachowanie terminu zgłoszenia przystąpienia, wykazanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje (zamawiającego), przesłanie kopii

zgłoszenia stronom i nie zgłoszenie przez zamawiającego i odwołującego opozycji przeciw przystąpieniu - stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w dalszej części uzasadnienia też „wykonawcą".

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie czynności poprzedzających posiedzenie niejawne z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, przygotowujących rozprawę według procedury przedstawionej w odwołaniu, polegającej na zobowiązaniu wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o., którego status jako uczestnika postępowania odwoławczego nie został jeszcze na tym etapie uznany, do przedłożenia Krajowej Izbie Odwoławczej oraz odwołującemu, w terminie nie późniejszym niż na 3 dni przed terminem rozprawy wyznaczonej w sprawie, następujących dokumentów oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczności:

a) wydanych przez Polskie Centrum Akredytacji na rzecz ORLEN Paliwa Sp. z o.o., ORLEN Południe S.A. i Rafineria Trzebinia S.A. ważnych certyfikatów akredytacji laboratoriów badawczych wraz z zakresami akredytacji tych laboratoriów badawczych - na okoliczność tego, czy wskazane spółki posiadają akredytację PCA;

b) raportów ze stanów magazynowych zbiorników paliwowych z olejem napędowym znajdujących się na terenie bazy magazynowej w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 (19 zbiorników o pojemności 50,00 m ^{3} każdy) za okres od dnia 01.01.2015 r. do dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. do dnia 02.04.2015 r. - na okoliczność tego, czy we wskazanym okresie była prowadzona w bazie magazynowej w Sławnie jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania paliw, jak również tego, jaki podmiot jest dysponentem paliwa magazynowanego w tej bazie,

c) wydanych przez polskie organy administracji miar ważnych świadectw legalizacji ponownej instalacji pomiarowych do paliw ciekłych zainstalowanych na wszystkich pojazdach o numerach rejestracyjnych wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w przedłożonym wraz z ofertą wykazie niezbędnych do wykonania umowy urządzeń oraz deklaracji zgodności, certyfikatów i dokumentacji technicznej wszystkich tych instalacji pomiarowych - na okoliczność tego, jakie instalacje pomiarowe zainstalowane są na

pojazdach wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa w wykazie urządzeń złączonym do oferty, jaka jest minimalna ilość paliwa, która jednorazowo może być wydana przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych oraz wydajność pomp, tj. ilość paliwa, jakie może być wydane przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych wciągu 1 minuty.

Izba wskazuje, że przepis art. 185 ust. 7 Pzp dopuszcza odpowiednie stosowanie w postępowaniu odwoławczym przepisów ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Postępowanie odwoławcze przed Izbą zostało uregulowane w ustawie Pzp w sposób odmienny od procedury przewidzianej w Kpc o sądzie polubownym, niepozwalający stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego na dowolne ustalanie czynności proceduralnych na wzór niektórych etapów postępowania przed sądem polubownym.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. Uznała, że odwołujący jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została oceniona jako druga w rankingu ofert, zatem w przypadku udowodnienia zarzutów odwołania w sposób eliminujący z postępowania o udzielenie zamówienia ofertę uczestnika postępowania odwoławczego wybraną jako najkorzystniejszą, odwołujący ma szanse uzyskania zamówienia.

Po merytorycznym rozpoznaniu odwołania:
- w granicach przedstawionych w nim zarzutów - art. 192 ust. 7 Pzp (Izba *nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu),*
- z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania - art. 190 ust. 1 Pzp *(Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania*

odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy),
- w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego na podstawie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, dopuszczonych w zakresie wymaganym dla wystarczającego wyjaśnienia okoliczności stanowiących podstawę rozstrzygnięcia: w odwołaniu, w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, która zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stanowi akta sprawy odwoławczej *(Odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie*

oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem stanowią akta sprawy odwoławczej), w zgłoszeniu przystąpienia,
- na podstawie wyjaśnień złożonych na rozprawie, mając na uwadze, że przedmiotem postępowania odwoławczego są zarzuty, tj. wskazanie czynności i zaniechania zamawiającego do których był zobowiązany na podstawie przepisów Pzp
- Izba orzekając w wyroku i rozstrzygając o żądaniach odwołującego, uznała odwołanie za częściowo zasadne, chociaż nie w pełnym zakresie zarzutów przestawionych przez odwołującego.

Przepis art. 25 ust. 1 stanowi, że: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może* żądać *od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a Pzp - *Wykonawca na* żądanie *zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.*

Natomiast przepisy art. 36 ust. 1 Pzp określającego minimalną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 5 oraz art. 41 Pzp dotyczącego minimalnego zakresu ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w pkt 7 - przepisy o takiej samej treści: *warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* - zobowiązują zamawiającego do zamieszczenia wyszczególnionych opisów w dokumentach ogłoszonych i udostępnionych publicznie, w dacie wszczęcia postępowania.

Na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, poza uzasadnionymi przypadkami dopuszczalnej zmiany opisów (art. 38 ust. 4 i następne Pzp), nie mogą być przedstawiane wykonawcom nowe wymagania w zakresie oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też służących potwierdzeniu zgodności oferowanych - w tym przypadku dostaw - z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Stąd Izba nie uwzględniając wniosku odwołującego o zobowiązanie uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych

w niniejszym uzasadnieniu w części początkowej stanowiska Izby, nie miała podstaw prawnych do takiego zobowiązania również w toku rozprawy.

Zatem, nie stanowiła przedmiotu postępowania dowodowego argumentacja odwołującego oraz wnioski, których uzasadnienie zostało wywiedzione z okoliczności niewynikających z opisów (wymagań) zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego powodu nie mogły być uwzględnione o zażądanie od uczestnika wnioski odwołującego postępowania odwoławczego oświadczeń i dokumentów niewskazanych - odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Przedmiotu dowodzenia nie stanowiły także fakty przyznane przez strony

i uczestnika postępowania odwoławczego w toku postępowania dowodowego (art. 190 ust. 5 zdanie drugie Pzp *(Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy).*

Z tego powodu nie został uwzględniony wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych sądowych z zakresu motoryzacji, mechaniki samochodowej oraz eksploatacji maszyn i urządzeń na okoliczność ustalenia, czy technicznie możliwe i bezpieczne jest zatankowanie pojazdu olejem napędowym w ilości 0,15 m^3 przy wykorzystaniu urządzeń o parametrach technicznych zaoferowanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w załączonym do oferty tego wykonawcy wykazie urządzeń niezbędnych do wykonania umowy.

Izba miała na uwadze zasadniczą kwestię proceduralną, że postępowanie odwoławcze, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp *(Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy)* wyznaczającym granice tego postępowania, będące oceną wyłącznie czynności i zaniechania zamawiającego w zakresie zgodności z przepisami Pzp, nie zastępuje postępowania badania i oceny ofert, do których to czynności zamawiający zobowiązany jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba nie może na etapie postępowania odwoławczego wykonywać czynności, które nie były przedmiotem postępowania zamawiającego w toku badania i oceny ofert.

I. Oceniając odwołanie począwszy od zarzutu zaniechania zamawiającego wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawia art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 Pzp i w następstwie tej czynności

eliminacji oferty wykonawcy przez jej uznanie za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp) oraz odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp), z powodu:

- niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, o którym stanowi przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, opisanym w SIWZ w rozdziale V w punkcie 1.3.1 - dysponowanie niezbędnymi do wykonania zamówienia urządzeniami - załącznik nr 8 do SIWZ, Izba uznała jak niżej.

1. Niezasadny jest zarzut i niezasługujący na uwzględnienie dotyczący niespełnienia wymagania zamieszczonego w pozycji 1 załącznika nr 8, tj. posiadania w okresie obowiązywania umowy w magazynach (zbiorniki stałe) zapasu oleju napędowego.

Zamawiający opisał w rozdziale V w punkcie 1.3.1 oraz w załączniku nr 8 do SIWZ - sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zobowiązując wykonawców do przedstawienia wykazu niezbędnych do wykonania umowy urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. W opisie punktu 1.3.1 zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 Pzp o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania dysponowania lub możliwością dysponowania urządzeniami przez wypełnienie załącznika nr 8 do SIWZ. W rozdziale VI w punktach 1.1 i 1.4 SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą załączników nr 1 oraz nr 8.

W opisie pozycji 1 załącznika nr 8 zamawiający zamieścił wymaganie: „W *celu zapewnienia ciągłości dostaw, Wykonawca zobowiązany jest w okresie obowiązywania umowy do posiadania w magazynach minimum 5-dniowego zapasu oleju napędowego (minimum 180 m^3). Jako bazę magazynową Zamawiający uznaje tylko zbiorniki stałe, przeznaczone wyłącznie do dystrybucji hurtowej paliw będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie uznaje jako bazy magazynowej stacji paliw lub cystern kolejowych."*

Uczestnik postępowania odwoławczego poza wymaganym oświadczeniem przedstawił w załączniku nr 8 (str. 25 oferty), w trzeciej kolumnie tabeli urządzenie: „Baza *Magazynowa w Sławnie, łączna pojemność zbiorników 950,00 m^3 (19 szt. x 50,00 m^3)".*

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał wykonawcę pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień oraz w drugiej kolejności, na podstawie ust. 3 tego artykułu do uzupełnienia oferty - treść wezwania: „(…) *Ponadto, w wymaganym przez*

Zamawiającego do oferty Wykazie dysponowania niezbędnymi do wykonania zamówienia urządzeniami (Załącznik nr 8 do SIWZ), jako baza magazynowa została podana przez Państwa baza w Sławnie. Prosimy o potwierdzenie, iż przedmiotowa baza jest Państwa własnością. W przypadku, gdy baza nie należy do Państwa firmy, to Zamawiający na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywa do uzupełnienia treści dotyczących złożonej przez Państwa oferty poprzez przedstawienie dokumentów, zgodnie z Rozdziałem VI ust. 1.3.2. „Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:
1.3.2.1. zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
1.3.2.2. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
1.3.2.3. charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
1.3.2.4. zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia."
Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert."

Wykonawca, pismem z dnia 16 kwietnia 2015 r. potwierdził, że wskazana w załączniku nr 8 do SIWZ tabela 1 - Baza Magazynowa w Sławnie o łącznej powierzchni magazynowej 950,00 m 3 jest własnością Spółki. Na potwierdzenie wiarygodności oświadczenia w załączeniu złożył wypis z rejestru gruntów działek zlokalizowanych przy ul. Dworcowej 9 w m. Sławno (dawna nazwa Spółki - ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. z siedzibą w m. Płock). Załączył wypisy z rejestru gruntów wydane przez Starostwo Powiatowe w Sławnie - z dnia 11 kwietnia 2014 r. str. 1, 2, 4 oraz z dnia 15 kwietnia 2014 r. str. 1, 2.

Zarzut został sformułowany na podstawie:
- pisma uczestnika postępowania z dnia 16 czerwca 2014 r. (kserokopia załączona do odwołania nie stanowi pełnego odwzorowania pisma; zostały usunięte: numer pisma, adresat, osoba wskazana do kontaktu i nr e-mail), o treści: *„Dot.: Zakończenia działalności operacyjnej na Terminalu Paliw w Sławnie. Szanowni Państwo. Niniejszym pragniemy poinformować, że ze względu na konieczność optymalizacji liczby baz magazynowych, Terminal Paliw w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 od dnia 24 czerwca 2014 zostanie na stałe wyłączony z użytkowania. Prosimy zatem o przekierowanie odbiorów nabywanych przez Państwa paliw na najbliższe bazy PKN ORLEN S.A. w Gdańsku i Szczecinie oraz OLPP S.A. w Nowej Wsi Wielkiej. W przypadku potrzeby uzyskania dostępu do programu Samoobsługa oraz wszelkich innych pytań prosimy o kontakt z Panem…e-mail:…";*
- *wydruku* ze strony internetowej wykonawcy pt. Baza paliw (bez daty), w którym

wśród wykazu stacji paliw nie jest wymieniona baza paliw w Sławnie;
- zdjęcia zamkniętej bramy wjazdowej, obok której zamieszczona jest tablica z logo „ORLEN", z napisem „Polski Koncern Naftowy ORLEN Spółka Akcyjna" oraz niżej pod tym napisem - z drugim napisem „Baza Paliwowa w Sławnie".

Okoliczność zamknięcia bazy nie była sporna. Załączone pismo jest pismem uczestnika postępowania odwoławczego, który nie kwestionował faktu wysłana pisma do klientów bazy paliwa informującego o tym, że Terminal Paliw w Sławnie został na stale wyłączony z użytkowania, co w ocenie wykonawcy nie stanowi przeszkody do wykorzystania magazynów bazy jako zbiorników stałych, przeznaczonych wyłącznie do dystrybucji hurtowej paliw będących przedmiotem zamówienia. Przystępujący potwierdził, że baza magazynowa w Sławnie została wyłączona z używania, ale wyłącznie jaka baza dla klientów spółki, z której odbierali zakupione paliwa. Natomiast cała infrastruktura stacji jest sprawna, posiada przewidziane prawem dopuszczenia do stosowania, i w zamiarze przystępującego ma być w części wykorzystywana jako baza magazynowa na potrzeby realizacji umowy

z zamawiającym.

W ocenie Izby, wyłączenie Terminalu Paliw z użytkowania jako bazy paliw dla klientów spółki, i wobec tego faktu niezamieszczenie bazy w wykazie baz paliw przedstawionym na stronie internetowej wykonawcy, z podanymi: miejscowościami i adresami baz, harmonogramem czasu pracy, asortymentem paliw oraz informacją na temat samoobsługi - okoliczności nie kwestionowane przez zamawiającego i potwierdzone przez przystępującego - nie stanowi dowodu o niemożności przeznaczenia posiadanych magazynów, jako zbiorników stałych, wyłącznie do dystrybucji hurtowej paliw na rzecz zamawiającego i tym samym do zabezpieczenia minimum 5-dniowego zapasu oleju napędowego. Nie stanowi dowodu takiej niemożności zdjęcie przedstawiające zamkniętą bramę, skoro na wezwanie zamawiającego wykonawca potwierdził składając dokumenty właściwego organu administracji samorządowej o własności gruntów, na których posadowiona jest stacja paliw, dysponowanie stałymi zbiornikami, o których jest mowa w opisie wymagań zamawiającego. Brak jest podstaw faktycznych i prawnych, by wskazane wyżej dowody odwołującego stanowiły potwierdzenie niespełniana warunków udziału wykonawcy w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci zapewnienia ciągłości dostaw w okresie obowiązywania umowy, tj. posiadania minimum 5-dniowego zapasu oleju 180 m napędowego (minimum ^{3}) w magazynach spełniających wymagania zbiorników stałych, przeznaczonych wyłącznie do dystrybucji hurtowej paliw na rzecz zamawiającego. Decyzje Urzędu Dozoru Technicznego Oddział w Koszalinie wraz z protokołami badania okresowego zbiorników bezciśnieniowych,

zezwalające na eksploatację urządzeń w okresie ważności dokumentów - do dnia 31.05.2017 r., potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Izba podkreśla, że zamawiający wymagał posiadania zapasu oleju napędowego w ilości wskazanej w opisie w pozycji 1 tabeli w okresie obowiązywania umowy, a nie w dniu upływu terminu składania ofert. Zatem zarzut o ewentualnym nieposiadaniu wymaganej ilości paliw w tym dniu nie znajduje żadnego uzasadnienia. W świetle przedstawionych dowodów, nie znajduje również uzasadnienia zarzut podania nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania magazynami, które mają stanowić stale zbiorniki przeznaczone wyłącznie do dystrybucji paliw na potrzeby prowadzonego przetargu, gdyż oświadczenie wykonawcy zgodne jest z ustalonymi faktami.

Okoliczności faktyczne dotyczące bazy nie są sporne, sporne są wyłącznie wnioski wypływające z faktu zawiadomienia dotychczasowych odbiorców paliw o wyłączeniu na stałe Terminalu Paliw w Sławnie z użytkowania.

Wobec wskazanego wymagania zamawiającego dotyczącego potencjału technicznego i wykazania przez uczestnika postępowania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, Izba uznała za pozbawione podstaw żądanie odwołującego zobowiązania wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o. do przedłożenia raportów ze stanów magazynowych zbiorników paliwowych z olejem napędowym znajdujących się na terenie bazy magazynowej w Sławnie przy ul. Dworcowej 9 (19 zbiorników o pojemności 50,00 m ^{3} każdy) za okres od dnia 01.01.2015 r. do dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 02.04.2015 r. - na okoliczność tego, czy we wskazanym okresie była prowadzona w bazie magazynowej w Sławnie jakakolwiek działalność gospodarcza w zakresie magazynowania i wydawania paliw, jak również tego, jaki podmiot jest dysponentem paliwa magazynowanego w tej bazie.

Zatem, nie zostało potwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 oraz ust. 4 tego artykułu i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

2. Zarzut dotyczący zabezpieczenia awaryjnej dystrybucji oleju napędowego - pozycja 3 załącznika nr 8 do SIWZ - zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała zarzut dotyczący spełniania wymagania zamieszczonego w pozycji 3 tego załącznika za zasadny. Przez fakt przyznania przez uczestnika postępowania odwoławczego okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu przedstawionego w odwołaniu - w sposób niebudzący wątpliwości, zarówno w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak i oświadczeniu wykonawcy złożonym na rozprawie, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowiącym o nie wymaganiu dowodów w takich okolicznościach, Izba nie przeprowadziła dowodu z dokumentów wskazanych przez

odwołującego.

W załączniku nr 8 w opisie pozycji 3 zamawiający wymagał:

„Wykonawca winien zabezpieczyć awaryjną dystrybucję minimum 18 m 3 oleju napędowego dziennie z urządzeń i zbiorników wyposażonych w odmierzacze przepływu paliwa, posiadające aktualną legalizację, umożliwiające zatankowanie 160 pojazdów po 0,15 m 3 w czasie 8 godzin w wyznaczonej bazie MPK Poznań Sp. z o.o. i PKS Poznań S.A. Tankowanie jednego pojazdu nie może trwać dłużej niż 4 minuty."

Wykonawca zaoferował (str. 25 oferty): *„1. Ciągnik KNS 61659 MAN TGA-2, 2011 + Naczepa KNS RW19STOKOTA,2011, Pojemność 31 000 L, Wydajność pompy 600L/min. 2. Ciągnik WGM 59S3 MAN TGS,2013 + Naczepa WGM 79S2,BC-LDS,2013, Pojemność 32 000 L, Wydajność pompy 800 L/min. 3. Autocysterna Volvo FE WP 71205, 2007r., Pojemność 18 000 L, Wydajność pompy 600L/min."*

W zgłoszeniu przystąpienia wykonawca, powołując się na zastosowaną przez zamawiającego formułę tabeli niepozwalającą na zamieszczenie czy wręcz wyliczenie całego sprzętu, jaki zostanie użyty do ewentualnej awaryjnej dostawy paliwa, wskazał, że każdy z podanych przez przystępującego zestawów będzie używany wyłącznie do dowozu paliwa do zamawiającego, natomiast awaryjna dystrybucja paliwa dokonywana będzie za pośrednictwem dwóch urządzeń wydających marki Flow Technics model APPC 350/500, które pozwalają na rozładunek paliwa w czasie i ilościach pożądanych przez zamawiającego, a które to urządzenia są zainstalowane na pojazdach przystępującego - pojeździe marki Renault nr rej. WP57364 oraz pojeździe marki Mercedes nr rej. WP14649.

Na rozprawie wykonawca oświadczył, że *„ciągniki i autocysterna podane w ofercie (załącznik nr 8), są w stanie dokonywania awaryjnej dystrybucji paliwa z zastosowaniem urządzeń wydających, redukujących, przedstawionych w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego lub w skrajnym przypadku, po przeinstalowaniu urządzeń przedstawionych w zgłoszeniu przystąpienia, do pojazdów podanych w załączniku nr 8. Przy czym bardziej ekonomiczne i korzystniejsze czasowo jest zastosowanie urządzeń przedstawionych w zgłoszeniu przystąpienia, jako reduktorów. Załączone do zgłoszenia „Świadectwa legalizacji ponownej" z 23.02.2015 r. i z 30.09.2014 r., aktualne przez okres 2 lat, dotyczą instalacji pomiarowej na samochodach marki Renault i Mercedes. W przypadku przeinstalowania urządzeń wymagana jest ponowna ich legalizacja."*

W ocenie Izby, przystępujący oferując zestawy pojazdów opisanych w pozycji 3 załącznika nr 8 i wskazując, że dla pełnej wymaganej funkcji awaryjnej dystrybucji paliwa niezbędne są dodatkowe urządzenia, które nie zostały przedstawione w wykazie urządzeń, nie wykazał spełniania wymagań zamawiającego opisanych w kolumnie drugiej tej pozycji - „wyposażenie *w odmierzacze przepływu paliwa, posiadające aktualną legalizację".*

Zatem, słuszne jest stanowisko odwołującego, że w wymaganym wykazie urządzeń niezbędne jest wykazanie takich urządzeń, których opis jednoznacznie potwierdza możliwość awaryjnej dystrybucji oleju napędowego w sposób wymagany przez zamawiającego. Uczestnik postępowania odwoławczego przyznał w sposób niebudzący wątpliwości brak pełnych urządzeń wymaganych przez zamawiającego. Izba uznała przyznanie faktów, jako niewymagające dowodu (przepis art. 190 ust. 1 pkt 5 Pzp).

W tej sytuacji również nie wystąpiła potrzeba przeprowadzenia dowodów z opinii biegłych sądowych oraz dowodów przez porównanie opisów pojazdów wskazanych przykładowo przez odwołującego w odwołaniu, służących do awaryjnego tankowania paliwa (dokumenty - Certyfikat badania typu WE wystawiony przez Federalny Zakład ds. Badań Fizyczno-Technicznych (PTB) dla spółki Alfons Haar Maschinenbau GmbH & Co. oraz Instrukcja Użytkownika dystrybutora Global Star V), z opisami pojazdów oferowanych w wybranej ofercie, z uwzględnieniem rozwiązań technicznych i wymaganej ponownej legalizacji.

Jest zbędne, ponadto nie znajduje uzasadnienia w świetle opisów zamieszczonych w SIWZ, żądanie odwołującego zobowiązania wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o. do przedłożenia wydanych przez polskie organy administracji miar ważnych świadectw legalizacji ponownej instalacji pomiarowych do paliw ciekłych zainstalowanych na wszystkich pojazdach o numerach rejestracyjnych wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa Sp. z o.o. w przedłożonym wraz z ofertą wykazie niezbędnych do wykonania umowy urządzeń oraz deklaracji zgodności, certyfikatów i dokumentacji technicznej wszystkich tych instalacji

pomiarowych - na okoliczność tego, jakie instalacje pomiarowe zainstalowane są na pojazdach wskazanych przez wykonawcę ORLEN Paliwa w wykazie urządzeń złączonym do oferty, jaka jest minimalna ilość paliwa, która jednorazowo może być wydana przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych oraz wydajność pomp, tj. ilość paliwa, jakie może być wydane przy wykorzystaniu tych instalacji pomiarowych wciągu 1 minuty.

Wobec potwierdzenia zarzutu przedstawionego w odwołaniu - niewyjaśnienie zakresu instalacji pomiarowych zamontowanych na pojazdach na potrzeby awaryjnej dystrybucji paliw i żądania nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia tego zakresu - Izba uznała, że kwestia zakresu instalacji pomiarowych zamontowanych na pojazdach na potrzeby awaryjnej dystrybucji paliw, została wyjaśniona na rozprawie, więc bezprzedmiotowe byłoby nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień (żądanie przedstawione w odwołaniu), w sytuacji, gdy żądaniem docelowym jest nakazanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Nie uwzględniając żądania nakazania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie ust. 4 tego artykułu oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia wykazu urządzeń odpowiadających opisowi zamieszczonemu w załączniku nr 8 do SIWZ w pozycji 3, na podstawie 26 ust. 3 Pzp *(Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba* że *mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert),*

tj. do wykonania czynności zamawiającego, która jest nieodzowna przed dalszymi w skutkach czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia (wykluczenia wykonawcy ze skutkiem odrzucenia jego oferty). Wykaz niezbędnych urządzeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowi oświadczenia lub dokumenty podlegające uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

II. Zarzuty dotyczące nie złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, które po wyczerpaniu trybu przewidzianego w przepisach art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, stanowi podstawę odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp *(Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona]).*

Zamawiający opisał w rozdziale VI. „Wykaz *oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w postępowaniu",* wskazując w punkcie 3. „Inne *dokumenty wymagane od Wykonawców",* w podpunkcie 3.5, że wykonawcy mają złożyć: „Pisemne

---

oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu przez dostarczane oleje napędowe wymagań norm określonych w PN-EN 590:2013-12 oraz Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dn. 9 grudnia 2008 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 1058) oraz o jednoczesnym spełnieniu wymagań jakościowych dotyczących

parametrów oferowanych olejów napędowych - (Załącznik nr 5 i 6 do SIWZ). Na potwierdzenie spełnienia wymagań jakościowych, Wykonawca musi załączyć do oferty dokument w postaci pełnej charakterystyki właściwości fizyko-chemicznych oferowanych paliw, potwierdzony stosownymi dokumentami wydanymi przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratoria akredytowane przez PCA.",

W załączniku nr 5 do oferty pt. „Oświadczenie *dotyczące parametrów oleju napędowego standardowego",* w kwestionowanych pozycjach:

-13. *„Estry metylowe kwasów tłuszczowych (FAME)",* wg *„jednostki % (V/V)", „parametry wymagane wg normy PN-EN 590:2013-12"* i *„parametry oferowanego oleju napędowego",* wykonawca wskazał takie same wartości - „max. *7,0";*

-14. „Stabilność oksydacyjna", wg *„jednostki g/m 3 i h", „parametry wg normy PN-EN 590:2013-12"* i *„parametry oferowanego oleju napędowego",* wykonawca wskazał takie same wartości - *„max. 25, min. 20 min."*

W załączniku nr 6 pt. „Oświadczenie *dotyczące parametrów oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych (klasa 2 paliw dla klimatu arktycznego lub surowego klimatu zimowego)"* wykonawca podał w kwestionowanej pozycji 18. „Skład *frakcyjny: do temperatury 180° destyluje, %(V/V), max. 10; do temperatury C 340° destyluje, %(V/V), min. 95",* takie same parametry - wymagane według normy *C* i oferowane przez wykonawcę. Na potwierdzenie parametrów wykonawca załączył *„Sprawozdania z badań próbek oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F"* (dotyczące załącznika nr 5 - str. 69, 71, 73 oferty) oraz *„Sprawozdanie z badań próbek oleju napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2"* (dotyczące parametrów załącznika nr 6 - str. 77 oferty).

Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia treści oferty w poniższych kwestiach (wskazano punkty 1, 2, 5 - przedstawione w odwołaniu):

„W sprawozdaniu z badań brak jest wyników następujących badań:
1. dotyczących zawartości estrów metylowych kwasów tłuszczowych (FAME) dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F - wymaganych w pkt 13 załącznika nr 5,
2. dotyczących stabilności oksydacyjnej dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra B, D, F - wymaganego w pkt 14 załącznika nr 5,
5. dotyczących badań składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340° C dla oleju

---

napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2 - wymaganych w pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ. Złożone na wezwanie dokumenty muszą być wydane przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA oraz powinny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert."

Wykonawca pismem z dnia z dnia 14 kwietnia 2015 r. złożył wyjaśnienia oraz załączył świadectwa jakości wskazując, że *„z badań przeprowadzonych przez akredytowane PCA tj. ORLEN Laboratorium Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, zawierające wymagane wyniki badań."*
Wykonawca załączył:
1. Certyfikat Akredytacji Laboratorium Badawczego wydany przez Polskie Centrum Akredytacji z ważnością do dnia 08.04.2016 r. wskazujący, że ORLEN Laboratorium Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku spełnia wymagania akredytowanej działalności w zakresie akredytacji Nr AB 484;
2. Świadectwo jakości nr 15BMK/A/77 z dnia 12.01.2015 r. wystawione przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. Terminal Paliw nr 101 w Mościskach, wskazujące elementy:
- Nazwa wyrobu: olej napędowy Ekodiesel ULTRA BIO;
- Kwalifikowany na podstawie: PN-EN 590:2013-12 oraz RMG dla paliw płynnych
- Jednostka badawcza: Orlen Laboratorium Sp. z o.o.
- Jednostka kwalifikująca: Terminal Paliw BP101 w Mościskach
- Nr kontrolny próbki: 15BMK/74
- Nr zbiornika: Zb. 4
- Data i godz. pobrania próbki: 2015-01-12 14:00
- Data dostarczenia próbki: 2015-01-12 14:00
- Data wykonania badań: 2015-01-12 17:58.

W tabeli przedstawiono wyniki badań:

- w pozycji 22. „Zaw. *estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME",* odpowiadające pozycji 13 oświadczenia zamieszczonego w załączniku nr 5 w pozycji 13 SIWZ - oferta, których „wartość *oznaczona"* i „wymagania *wg normy"* - wynosi *„max. 7% (V/V)";*
- w pozycji 20. „Stabilność *oksydacyjna",* odpowiadające pozycji 14 oświadczenia zamieszczonego w załączniku nr 5 do SIWZ - oferta, których „wartość *oznaczona"* i „wymagania *wg normy"* - wynosi *„max. 25 g/m* $^{3"}$.
W świadectwie zamieszczono: „orzeczenie *KJ: Olej napędowy Ekodiesel Ultra BIO odpowiada PN-EN 590:2013-12 oraz RMG dla paliw płynnych poz. 2;3;9;10;13;14;16;17;24; spisane ze* św. *nr 15BMK/A/73, zb. ZB. 4. Wartość gęstości podana na dowodzie wydania.*

Data zatw. 2015-01-12 21:45:57; Podpis osoby upoważnionej: (…); Znak KJ: 001, Witold Urbański";
3. Świadectwo jakości nr 15010254 wystawione przez ORLEN Południe S.A. z siedzibą w Trzebini, wskazujące elementy:
- Nazwa wyrobu: Olej napędowy arktyczny klasy 2;
- Kwalifikowany na podstawie: PN-EN 590:2013-12 i Rozp. M. G. z dn. 09.
- Jednostka badawcza:
- Jednostka kwalifikująca: Rafineria Trzebinia S.A., ul. Fabryczna 22, 32-540 Trzebinia
- Nr kontrolny:
- Nr zbiornika: T67
- Data i godz. pobrania próbki:
- Data dostarczenia próbki: 2015-01-05
- Data wykonania badań: 2015-01-05
W tabeli przedstawiono wyniki badań:
W pozycji 19. „Skład *frakcyjny"* przedstawiono badania odpowiadające badaniom z pozycji 18 oświadczenia zamieszczonego w załączniku nr 6 do SIWZ - oferta; przedstawione w świadectwie jakości *„wartość oznaczona"* i „wymagania *wg normy"* wynoszą:
- do temperatury 180 $_{o}$ C destyluje, wg. jednostki % (V/V), *„wartość oznaczona 0,2", „wymagania wg normy" - „max. 10,0"*
- do temperatury 340 $_{o}$ C, wg. jednostki % (V/V), *„wartość oznaczona" - „koniec destylacji 320,0* $_{o}$ *c, odd", „wymagania wg normy - min. 95,0".*
W świadectwie zamieszczono: *„orzeczenie KJ: „ „Sporządzone na podstawie Sprawozdania z Badań nr 15010254 ORLEN Laboratorium Sp. z o.o.";*
4. Oświadczenie producenta o jakości paliw z dnia 17.10.2014 r. o treści: *[Oświadczam,* że *Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. sprzedaje ORLEN PALIWA Sp. z o.o. paliwa silnikowe spełniające wymogi jakościowe określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki 9 grudnia 2008 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1058) i wymogi określone poniższymi normami:*
PN - EN 590: 2013 -12 „Paliwa do pojazdów samochodowych - Oleje napędowe Wymagania i metody badań", PN - EN 228: 2013-04 „Paliwa do pojazdów samochodowych - Benzyna bezołowiowa - Wymagania i metody badań"].

Pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, formułując wezwanie następująco: *„Prosimy o potwierdzenie,* że *dany olej napędowy spełnia wymagania norm określonych w PN-EN*

590:2013-12 oraz Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dn. 9 grudnia 2008 r. (t. jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 1058) do temperatury 340° C destyluje min. 95%".

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca zamieścił w piśmie z dnia 16 kwietnia 2015 r. następujące potwierdzenie: *„ORLEN Paliwa Sp. z o.o. potwierdza,* że *oferowany olej napędowy Ekodiesel Ultra klasy 2 spełnia wymagania norm określonych w PN-EN 590:2013-12 oraz RMG z dnia 9 grudnia 2008 r (t. jedn. Dz. U z 2013 r. poz. 1058) i w badaniu wydajności składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze 340 ° C destyluje min. 95%".*

Co do pierwszego świadectwa jakości, odwołujący podniósł początkowo zarzut

niewłaściwej formy dokumentu, nie odpowiadającej żądaniu zamawiającego, tj. „dokumentu *wydanego przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratorium akredytowane przez PCA",* nie popierając tego zarzutu na rozprawie. Kwestionował wyłącznie fakt przedstawienia w pozycjach 22 i 20 świadectwa jakości (odpowiadających pozycjom 13 i 14 załącznika nr 5), takich samych parametrów w obu kolumnach - *„wartość oznaczona"* i *„wymagania wg normy"* utrzymując na zasadzie domniemania, że w kolumnie *„wartość oznaczona"* nie zamieszczono faktycznych wyników badań lecz powtórzono wielkości parametrów wynikające z normy.

Co do drugiego świadectwa jakości, odwołujący kwestionował zarówno formę - dokument wydany przez podmiot nie posiadający akredytacji PCA - oraz treść - nie wskazującą w pozycji *„Skład frakcyjny"* wydajności destylacji w temperaturze do 340 $_{o}$C, a przede wszystkim fakt wezwania wykonawcy pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień, które w istocie stanowi powtórne wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazując na jednokrotność wezwania na tej podstawie prawnej, odwołujący uznał, że zostały spełnione przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oceniając powyższe Izba uznała, że nie jest kwestionowane przez stronę przeciwną, iż wykonawca, czy inne spółki wskazane w odwołaniu w tym zakresie, nie posiadają akredytacji PCA. Akredytację taką posiada ORLEN Laboratorium Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, jednostka wskazana w dokumentach złożonych przez wykonawcę, jako wykonująca badania, na dowód czego wykonawca załączył dokument akredytacji.

Nie znajduje uzasadnienia w tych okolicznościach oraz z powodu braku takiego wymagania w SIWZ, żądanie odwołującego zobowiązania wykonawcy ORLEN Paliwa Sp. z o.o. do przedłożenia wydanych przez Polskie Centrum Akredytacji na rzecz ORLEN Paliwa Sp. z o.o., ORLEN Południe S.A. i Rafineria Trzebinia S.A. - ważnych certyfikatów akredytacji laboratoriów badawczych wraz z zakresami akredytacji tych laboratoriów

badawczych - na okoliczność tego, czy wskazane spółki posiadają akredytację PCA.

Wydruk ze strony internetowej Polskiego Centrum Akredytacji z dnia 21.04.2015 r. - *„Wykaz laboratoriów badawczych akredytowanych w oparciu o normę PN-EN ISO/IEC 17025"* - odwołujący załączył do odwołania. W załączonym wykazie wymieniono obok ORLEN Paliwa Sp. z o.o. też ORLEN EKO Sp. z o.o. Dział Monitoringu Środowiska z siedzibą w Płocku. Ewentualne inne dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, odwołujący zobowiązany jest zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp do ich przedłożenia.

Podkreślić należy, że zamawiający w przedmiotowym zakresie wymagał oświadczenia wykonawcy o spełnianiu wymagań jakościowych parametrów oferowanych olejów. Potwierdzeniem spełniania wymagań jakościowych miał być dokument - pełna charakterystyka właściwości fizyko-chemicznych ofertowanych paliw - nie określona bliżej co do formy i treści. Wskazany dokument miał być potwierdzony stosownymi dokumentami wydanymi przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie lub inne laboratoria akredytowane przez PCA.

W wezwaniu z 10 kwietnia 2015 r. zamawiający wskazał na brak wyników wyszczególnionych w punktach 1, 2, 5 badań, powtarzając dalej opis dotyczący wydania żądanych dokumentów.

1. Izba uznała zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego - parametry przedstawione w pozycjach 13 i 14 załącznika nr 5, po ich uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i przedstawieniu w świadectwie jakości nr 15BMK/A/77 w pozycjach 22 i 20 - za niezasadne.

W świadectwie tym zostały zamieszczone wszystkie elementy określające wymagania zamawiającego: podmiot wystawiający świadectwo, nazwę wyrobu (oznaczenie produktu), wskazanie podstaw prawnych zastosowanych do kwalifikowania, jednostki: badawczą - ORLEN Laboratorium Sp. z o.o. - i kwalifikującą, numer kontrolny próbki, numer zbiornika, datę i godzinę pobrania próbki, jej dostarczenia i dokładny czas wykonania badań (data i godzina), zamieszczając w tabeli wyniki badań, a pod tabelą orzeczenie KJ, że olej napędowy Ekodiesel Ultra BIO (na rozprawie wyjaśniono i przyznano, że oznaczenie „BIO" nie jest w tym przypadku istotne) odpowiada PN-EN 590:2013-12 oraz RMG dla paliw

płynnych. Podano również, że poz. 2; 3; 9; 10; 13; 14; 16; 17; 24 zostały spisane ze św. nr 15BMK/A/73 dotyczącego tego samego zbiornika.

Nie ma wątpliwości, że badania przeprowadziła jednostka, która jest „innym *laboratorium akredytowanym przez PCA"* i na takiej samej zasadzie zostały uznane przez zamawiającego badania przedstawione w innej ofercie złożonej w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, wynikającego wyłącznie z domniemania, że wobec takich samych wielkości parametrów *„wartość oznaczona"* i *„wymagania wg normy"* w pozycjach: 22 (estry metylowe kwasów tłuszczowych (FAME) i w poz. 20 (stabilność oksydacyjna) przedstawionych w wynikach badań przeprowadzonych w tych parametrach i zatwierdzonych w dniu 12.01.2015 r., wynika niezamieszczenie faktycznych badań lecz przepisanie ich z normy.

Nie tylko nie został udowodniony zarzut nieprawdziwych informacji zamieszczonych w świadectwie jakości, lecz taki zarzut nie został również jednoznacznie sformułowany w odwołaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego brak faktycznych badań w zakresie kwestionowanych parametrów.

Izba nie miała żadnych podstaw faktycznych i prawnych do uznania, że w tabeli wyników badań przedstawionych w świadectwie jakości nie podano rzeczywistych wyników badań jednostki akredytowanej przez PCA, stąd uznała zarzut za niezasadny.

2. Zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego - parametry przedstawione w pozycji 18 załącznika nr 6 - Izba uznała za zasadny, ale nie w pełnym zakresie wskazanym w odwołaniu i nie w stopniu powodującym skutek zgodny z żądaniem odwołującego.

W świadectwie nr 15010254 zostały zamieszczone następujące elementy określające wymagania zamawiającego: podmiot wystawiający świadectwo, nazwę wyrobu (oznaczenie produktu), wskazanie podstaw prawnych zastosowanych do kwalifikowania, jednostkę kwalifikującą, numer zbiornika, datę pobrania próbki - jej dostarczenia oraz datę wykonania badań, zamieszczając w tabeli wyniki badań, a pod tabelą: *„orzeczenie KJ:" „Sporządzone na podstawie Sprawozdania z Badań nr 15010254 ORLEN Laboratorium Sp. z o.o.".*

Nie wskazano w świadectwie jednostki badawczej, numeru kontrolnego (próbki) oraz orzeczenia KJ o treści analogicznej do treści pierwszego świadectwa jakości.

W pozycji 19. „Skład *frakcyjny"* - do temperatury 340 $_{o}$C wg. jednostki % (V/V) *„wartość oznaczona" - „koniec destylacji 320,0 $_{o}$c, odd",* nie została określona wymagana przez zamawiającego wydajność - na poziomie min. 95,0 % (V/V).

Wątpliwości zamawiającego mogły być wyjaśniane na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp *(Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1),* którego stosowanie nie jest ograniczone do jednokrotności, zwłaszcza, gdy wezwanie zostaje sformułowane w sposób niewskazujący na udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń lub dokumentów, lecz wnoszący o potwierdzenie wymagania

zamawiającego.

Przez sformułowanie wezwania o treści zamkniętej - prośba o potwierdzenie opisu przedstawionego przez zamawiającego - słuszne jest stanowisko odwołującego, że wezwanie nie odpowiada wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Izby, należało wziąć pod uwagę, że zamawiający formułując wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 10 kwietnia 2015 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wskazał, że w sprawozdaniu z badań załączonym do oferty brak jest wyników badań składu frakcyjnego do destylacji w temperaturze do 340° C dla oleju napędowego Ekodiesel Ultra klasy 2 - wymaganych w pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ.

W sprawozdaniu z badań zamieszczonym na str. 77 oferty, w pozycji 15 podano wynik destylacji w temperaturze do 180 $_{o}$C wskazując wynik odpowiadający normie; w temperaturze do 340 $_{o}$C wynik badania określono "-„ przy wymaganym min. 95% (V/V), podając jednocześnie, że koniec destylacji następuje w temperaturze 295,4 $_{o}$C, a w ostatnim wierszu tej pozycji określono wydajność - 97,6% (V/V).

Przy braku skonkretyzowanego stanowiska zamawiającego w tym zakresie oraz sugestii wykonawcy wynikającej ze zgłoszenia przystąpienia, Izba uznała, że w przedmiotowym sprawozdaniu jednak podano wynik badania wymaganego parametru.

Należało zatem wyjaśnić, mając na uwadze zakładany priorytet oczekiwanego wyniku badań, czy ma to być uzyskanie maksymalnej temperatury do 340 $_{o}$C i na tym poziomie uzyskanie wyniku min. 95% (V/V), czy uzyskanie wyniku min. 95% (V/V) przy temperaturze w przedziale od 181 $_{o}$C do 340 $_{o}$C, co wydaje się być zgodne z opisem zamieszczonym w załączniku nr 6 pozycja 18 i odpowiednio świadectwie jakości dotyczącym tego rodzaju oleju w pozycji 19.

Wynik badania, zarówno w ofercie (str. 77), jak też w świadectwie jakości jest jednoznaczny - badanie składu frakcyjnego - destylacja kończy się, w pierwszym przypadku w temperaturze 295,4 $_{o}$C, w drugim przypadku w temperaturze 320 $_{o}$C, zatem mieści się w przedziale opisanym przez zamawiającego: pierwszy poziom do 180 $_{o}$C (nie stanowiący przedmiotu odwołania), drugi poziom od 181 $_{o}$C do 340 $_{o}$C.

Izba podnosi, że w przypadku badania zasadności żądania odrzucenia oferty, w sytuacji stosowania procedur wynikających z art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, podlegają ocenie czynności zamawiającego podjęte na mocy wskazanych przepisów, mimo nie zaskarżenia tych czynności w odpowiednim czasie.

W ocenie Izby, wobec wątpliwości zamawiającego, właściwe byłoby wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyniku badań zamieszczonego na str. 77 w pozycji 15 oferty, niż wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyniku badań wraz z informacją, że brak jest wyniku badań w ofercie (pozycja 5 wezwania z dnia 10

---

kwietnia 2015 r.).

Powyższe skutkuje nakazaniem powtórzenia czynności wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp), na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, w sposób właściwy. Uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów i/lub ich wyjaśnianie w granicach wskazanych w Pzp, jest nieodzowne przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), powinna dotyczyć istoty niezgodności oczekiwania zamawianego wyrażonego SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie, a więc treści a nie formy oferty (przykładowe wyroki Izby: z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 103/15, z dnia 16 marca 2015 r., sygn. akt KIO 415/15 i KIO 419/15, z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 627/15).

Zatem, odrzucenie oferty następuje w sytuacji istotnej merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, po właściwym uprzednim przeprowadzeniu czynności przez zamawiającego, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Przepisy art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp stanowią, że o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając odwołanie Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub unieważnienie czynności zamawiającego.

Na podstawie powyższych ustaleń i dokonanej oceny, Izba uwzględniła odwołanie w części, orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238), zasądzając na rzecz odwołującego uzasadnione koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……